

Gir utlendingsloven § 105 adgang til å frihetsberøve utlendinger?

- **En drøftelse av EMK artikkel 5 og tilleggsprotokoll nr.4 artikkel 2.**

Kandidatnummer: 87

Antall ord: 14 968

(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen. Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Er det noen som er her ulovlig så håper jeg vi finner dem, selvfølgelig.

Listhaug, Sylvi.

Innholdsfortegnelse

1	Oppgavens tema og struktur	4
1.1	Problemstilling og aktualitet	4
1.2	Struktur og oppbygning	5
2	Oversikt og gjennomgang av retten til fri bevegelse og forbudet mot frihetsberøvelse etter EMK og Grunnloven	7
2.1	EMK	7
2.1.1	Bevegelsesfrihet	7
2.1.2	Frihetsberøvelse	9
2.2	Grunnloven	10
2.2.1	§§ 94 og 106	10
3	Utlendingsloven § 105	13
3.1	Presentasjon av bestemmelsen	13
3.2	Forholdet til utlendingsloven § 106	14
3.3	“Bestemt oppholdssted og meldeplikt”	14
3.3.1	“Bestemt oppholdssted”	14
3.3.2	Meldeplikt	16
3.4	Oppsummering og videre struktur	17
4	Oppfyller utlendingsloven § 105 kravene som stilles til frihetsberøvelser etter EMK artikkel 5.	18
4.1	Hvilken betydning har grensedragningen mellom bevegelsesfrihet og frihetsberøvelse etter EMK?	18
4.2	Grunnlaget for inngrepet	18
4.2.1	Etter EMK	18
4.2.2	Etter utlendingsloven § 105	19
4.3	Betydningen for proporsjonalitetsvurderingen	20
4.3.1	Etter EMK	20
4.3.2	Etter utlendingsloven § 105	21
4.4	Betydningen for de prosesuelle kravene	22
4.4.1	Etter EMK	22
4.4.2	Etter utlendingsloven § 105	24

4.5 Vil grensedragningen mellom bevegelsesfrihet og frihetsberøvelse få betydning for våre forpliktelser etter barnekonvensjonen?	26
4.5.1 Artikkel 37 bokstav b	26
4.6 Oppsummering og videre struktur.....	27
5 Grensen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten etter praksis fra EMD.....	28
5.1 Hovedlinjene i vurderingen	28
5.1.1 De nærmere vurderingsmomentene	28
5.1.2 Forskjellen mellom “type” og “nature”	29
5.1.3 Oppsummering og videre struktur	30
5.2 “Type [...]” og “manner of implementation of the measure in question”	30
5.2.1 En henvisning til inngrepets nærmere innhold.....	30
5.2.2 Betydningen av inngrepets “nature”	32
5.2.3 Betydningen og vekten av “[t]he specific context and circumstances surrounding the measure”.....	34
5.3 “Effects” og “duration of the measure in question”	36
5.3.1 De nærmere konsekvensene av inngrepet	36
6 På hvilke områder må utlendingsloven § 105 tolkes innskrenkende sett i lys av EMDs praksis.....	39
6.1 Utgangspunktet.....	39
6.2 Hvor må § 105 tolkes innskrenkende?	40
6.2.1 Oppholdsstedet - noen eksempler	40
6.2.2 Varigheten av inngrepet og betydningen av at kontakten med venner og familie opprettholdes – noen eksempler	41
6.2.3 Utlendingsloven § 99	42
6.2.4 “Tilstrekkelig grunn” og “uforholdsmessig inngrep”	43
6.2.5 Proporsjonalitetsvurderingen	44
7 Konklusjon.....	48
7.1 Gir utlendingsloven § 105 en adgang til å frihetsberøve utlendinger?	48

1 Oppgavens tema og struktur

1.1 Problemstilling og aktualitet

For å sikre en effektiv håndhevelse av utlendingslovens materielle bestemmelser gir loven en adgang til å anvende tvangsmidler dersom nærmere vilkår er oppfylt.

De to mest sentrale formene følger av utlendingsloven §§ 105 og 106. Utlendingsloven § 105 hjemler en adgang til å pålegge utlendingen et «bestemt oppholdssted» eller «meldeplikt», mens § 106 gir en adgang til å «fengsl[e]» utlendingen dersom nærmere vilkår er oppfylt.

I denne oppgaven skal det vurderes hvorvidt utlendingsloven § 105 gir en adgang til å frihetsberøve utlendinger, og hvilke konsekvenser det i så fall kan få for oppfyllelsen av våre internasjonale forpliktelser.

Statistikk hentet fra Utlendingsenheten i Oslo viser at det i Oslo politidistrikt i 2015 ble utstedt totalt 12 pålegg om bestemt oppholdssted og 247 pålegg om meldeplikt med hjemmel i utlendingsloven § 105. Hittil i 2016 har det blitt gitt 93 pålegg om bestemt oppholdssted og 229 pålegg om meldeplikt¹. Dette er kun statistikk for Oslo politidistrikt. Det foreligger ingen nasjonal oversikt over hvor mange vedtak som fattes hvert år med hjemmel i utlendingsloven § 105, men basert på statistikken fra Oslo politidistrikt er det trolig tale om et betydelig antall.

Selv om det fattes en rekke vedtak etter utlendingsloven § 105 foreligger det lite rettspraksis fra bestemmelsen. Det eksisterer kun én dom, da fra tingretten, som har behandlet spørsmålet om et pålegg om «bestemt oppholdssted» og «meldeplikt» utgjorde en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5².

Det er med andre ord et behov for å klarlegge den nærmere rekkevidden av § 105, og da om bestemmelsen hjemler en adgang til å frihetsberøve utlendinger. Det gjelder særlig med tanke på at den gruppen som tvangsmiddelet etter § 105 retter seg mot, ofte er en utsatt og svakerestilt gruppe i samfunnet, med få evner og ressurser til selv å bringe saken inn for domstolen. Det illustreres også gjennom det lave antallet saker etter utlendingsloven § 105 som har blitt prøvd for domstolen.

¹ Statistikk mottatt på e-post fra Bente Bøvor politiadvokat ved Politiets Utlendingsenhet den 02.11.16.

² TOSLO-2015-14844-1

For å avgjøre hvorvidt utlendingsloven § 105 gir en adgang til å frihetsberøve utlendinger, og eventuelt hvilke konsekvenser det vil ha, må det ses hen til EMK og Grunnloven. Både Grunnloven og EMK oppstiller visse skranker for hvilke tvangsmidler som kan benyttes i hvilke situasjoner, og enkelte krav til hvordan de skal håndheves, da avhengig av hvilket tvangsmiddel en står overfor.

I denne sammenhengen er det artikkel 5 i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og Protokoll nr. 4 artikkel 2 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Protokoll nr.4) og Grunnloven §§ 94 og 106 som vil være av betydning.

Av EMK artikkel 5 fremgår det at «everyone has the right to liberty and security of person». EMKs tilleggsprotokoll nr.4 artikkel 2 slår fast at «everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence». Retten til fri bevegelse og forbudet mot frihetsberøvelse er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2.

Av Grunnloven § 94 fremgår det at ingen må “fengslast” eller bli “fråteken fridommen” på annet vis enn i de tilfellene og på den måten loven fastlegger. Av Grunnloven § 106 fremgår det at enhver som oppholder seg lovlig i riket fritt skal kunne “ferdast innenfor grensene og velje bustad der”.

Med andre ord for å kartlegge om § 105 hjemler en adgang til å frihetsberøve utlendinger må det ses nærmere hen til hvor grensen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten går etter EMK og Grunnloven.

1.2 Struktur og oppbygning

Oppgaven er hovedsaklig todelt. Den første delen vil bestå av en nærmere gjennomgang av retten til fri bevegelse og forbudet mot frihetsberøvelse, da både etter EMK og Grunnloven. Deretter vil utlendingsloven § 105 bli presentert, før det vil bli sett nærmere på hvilke konsekvenser det kan få dersom et pålegg gitt i medhold av denne bestemmelsen utgjør en frihetsberøvelse.

Den andre delen av oppgaven vil se nærmere på grensedragningen mellom retten til fri bevegelse og forbudet mot frihetsberøvelse i lys av EMDs praksis. Avslutningsvis vil det bli gjort en vurdering av om og eventuelt på hvilke områder bestemmelsen må tolkes innskrenkende i lys av denne praksisen.

2 Oversikt og gjennomgang av retten til fri bevegelse og forbudet mot frihetsberøvelse etter EMK og Grunnloven

2.1 EMK

2.1.1 Bevegelsesfrihet

Retten til fri bevegelse fremgår som nevnt av tilleggsprotokollen til EMK. Det følger av tilleggsprotokoll nr.4 artikkel.2 (TP 4-2) at “everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence”. Bevegelsesfriheten inkluderer også retten til å “leave any country, including his own”.

Bevegelsesfriheten er også forankret i FNs konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP)³ artikkel 12. Artikkelen er antatt å ha samme rekkevidde som tilleggsprotokollen⁴.

Det er klart gjennom Wienkonvensjonen at ved tolkning av traktater innenfor folkeretten skal hovedvekten ligge på ordlyden i konvensjonsteksten⁵. For da å klarlegge hva som ligger i “right to liberty of movement”, vil det rettslige utgangspunktet være den naturlige ordlydsforståelsen av “right to liberty of movement”. Ordlyden trekker i retning av at bevegelsesfriheten er absolutt, hvor ethvert inngrep som hindrer vedkommende i å bevege seg, eller som på noen måte vanskeliggjør dette, skal anses som et inngrep i denne friheten.

Slik er det imidlertid ikke. Men også mer moderate restriksjoner vil kunne komme i konflikt med TP 4-2, spesielt der hvor restriksjonene har vært ilagt over en lengre periode⁶.

De klare inngrepene i bevegelsesfriheten er der hvor vedkommende eksempelvis har blitt

³ International Convention on Civil and Political rights, 16.12.1966.

⁴ Petter F. Wille, Online lovkommentar på rettsdata.no til artikkel 12 i SP (norsk oversettelse), note 21, 21.10.2016.

⁵ Vienna Convention on the law of treaties, 23.05.1969, art. 31 nr. 2.

⁶ D.J Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University press, 3.utgave, 2014, s,956.

hindret i å forlate sitt eget hjem eller hvor han er blitt forhindret fra å reise fra bestemte områder⁷.

Det er ikke slik at det kun er der hvor vedkommende har blitt pålagt å oppholde seg på eller innenfor et bestemt område, at det vil foreligge et inngrep i bevegelsesfriheten. EMD har også kommet frem til at der hvor myndighetene har overvåket og pålagt personer om å gi beskjed til politiet hver gang en ønsker å besøke venner eller familie, skal anses som et inngrep i bevegelsesfriheten⁸. Det gjelder selv om vedkommende ved søknad gis tillatelse til å forlate det aktuelle stedet⁹.

For at et inngrep i bevegelsesfriheten skal anses som lovlig, må inngrepet for det første skje “in accordance with law”. I tillegg følger det av TP 4-2 nr.3 at inngrepet enten må ha blitt gjort i interesse av “[the] national security or public safety”, “for the maintenance of ordre public”, “for the prevention of crime”, “for the protection of health and morals” eller “for the protection of the rights and freedoms of others”.

Formålet med inngrepet må altså falle inn under en av disse totalt seks kategoriene, og det må påvises at det på bakgrunn av det aktuelle formålet var “necessary in a democratic society” å iverksette inngrepet. Det innebærer at selv om inngrepet er formålstjenlig, må det påvises et reelt behov for det aktuelle inngrepet som er proporsjonalt med interessen som inngrepet er ment å ivareta¹⁰.

I relasjon til proporsjonalitetskravet har det også i juridisk teori med støtte i EMDs praksis blitt oppstilt et krav om at inngrepet skal være “justified and proportionate throughout their duration”¹¹. Det innebærer at grunnlaget for inngrepet jevnlig må vurderes, da for å forsikre at formålet bak inngrepet fortsatt gjør seg gjeldende.¹² Dersom det ikke er tilfellet, vil inngrepet anses som uproporsjonalt og være i strid med TP 4-2.

Der hvor inngrep i bevegelsesfriheten kjennetegnes av restriksjoner i tilknytning til hvor en kan bevege eller oppholde seg, så retter frihetsberøvelse seg mer direkte mot “[the] physical liberty of a person”¹³.

⁷ D.J Harris m.flere, s.955.

⁸ Denizci mot Cyprus 25316-25321/94 og 27207/95, 23.05.2001, avsnitt 403-404.

⁹ Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina-Holst Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, Den Euroæiske Menneskerettighedskonvention art. 10-59 samt Tillægsprotokollene, 3.udgave, 2011, Jurist- og Økonomiforbundets forlag s.1330.

¹⁰ Peer Lorenzen m.flere s.1338.

¹¹ D.J Harris m.flere, s.957.

¹² D.J Harris m.flere, s.957 sml. Bartik mot Russland, 55565/00, 21.12.2006.

¹³ Guzzarri mot Italia, sak nr. 7367/76, 06.11.1980.

2.1.2 Frihetsberøvelse

Forbudet mot frihetsberøvelse følger av EMK artikkel 5 hvor det fremgår at “everyone has the right to liberty and security of person”.

Her vil det være “right to liberty” som vil stå sentralt. Likevel kan ikke “security of person” forstås uavhengig av begrepet “liberty”, og EMD har av denne grunn behandlet de to rettighetene som én rettighet¹⁴.

Forbudet mot frihetsberøvelse har i likhet med bevegelsesfriheten sin forankring i SP. Likevel er SP artikkel 9 antatt å oppstille et svakere vern enn det som følger av EMK artikkel 5¹⁵, og av denne grunn vil den ikke bli behandlet.

Det sentrale er hva som skal til for at et inngrep skal anses som “deprivation of liberty”. En naturlig ordlydsforståelse tilsier at en frihetsinnskrenkelse i seg selv skal anses som “deprivation of liberty”. Det ville i så fall tilsi at også inngrep i bevegelsesfriheten skulle anses som en “deprivation of liberty”, men det er klart at det ikke er tilfelle.

EMDs praksis har som nevnt klargjort at innskrenkelsen må rette seg mot “[the] psysical liberty of a person”. Vedkommende må på en eller annen måte fysisk ha blitt frarøvet sin frihet. Men det eksisterer ingen legaldefinisjon av frihetsberøvelse.

Et eksempel på inngrep i den fysiske friheten vil for eksempel være fengsling eller husarrest. Dette er klare inngrep i “[the] psysical liberty of a person”. Men EMD har konkludert med at frihetsberøvelse kan “take numerous [...] forms¹⁶. Det er altså ikke noe generelt krav om at vedkommende må være innesperret på et avgrenset område for at det skal anses som et inngrep etter EMK artikkel 5. Det er det som ligger i den nedre grensen av frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 som i denne oppgaven vil være av interesse.

EMK artikkel 5 oppstiller i likhet med TP 4-2 opp alternative grunnlag for hva som kan legitimere en frihetsberøvelse¹⁷. Til forskjell fra tilleggsprotokollen legges det ikke opp til en bredere vurdering av om inngrepet er å anse som “necessary in a democratic society”. Den nærmere betydningen av dette behandles under punkt 4.3.

¹⁴ Peer Lorenzen m.flere, art.1-9, s.288.

¹⁵ All, Jørgen, Menneskerettsloven, LOR-1999-387, s.389.

¹⁶ Guzzardi mot Italia, avsnitt 95.

¹⁷ EMK artikkel 5 bokstav a-f.

Hva er så forskjellen mellom et inngrep i bevegelsesfriheten og en frihetsberøvelse? Helt generelt vil inngrep i bevegelsesfriheten kjennetegnes av restriksjoner på hvor vedkommende kan bevege seg. Frihetsberøvelse vil på sin side inneholde mange av de samme elementene som et inngrep i bevegelsesfriheten, men griper da mer inn i “[the] physical liberty”. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at vedkommende kun har blitt avskåret fra å bevege seg fritt, det må foreligge noe mer.

Avhandlingen vil derfor i det videre forsøke å kartlegge hva som faktisk kreves for at et inngrep går fra å kun være et inngrep i bevegelsesfriheten til å bli en frihetsberøvelse. Dette for å klarlegge hvilke inngrep som etter utlendingsloven § 105 vil være en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

Først vil det bli knyttet noen bemerkninger til forholdet mellom EMK og Grunnloven.

2.2 Grunnloven

2.2.1 §§ 94 og 106

Det følger av Grunnloven § 94 at ingen må “fengslast” eller ble “fråteken fridommen” på annet vis enn i de tilfellene og på den måten loven fastlegger. Av Grunnloven § 106 fremgår det at enhver som oppholder seg lovlig i riket fritt skal kunne “ferdast innenfor grensene og velje bustad der”.

Forbudet mot frihetsberøvelse og retten til fri bevegelse var også forut for Grunnloven en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2.

Implementeringen av disse rettighetene i Grunnloven har ført til at en har fått et tosporet rettighetsvern, hvorav den ene er lex-superior overfor den andre. Spørsmålet er dermed om Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser er tiltenkt å ha det samme innholdet som sine internasjonale forbilder.

Menneskerettsighetsbestemmelsene i Grunnloven har sitt opphav fra våre internasjonale forpliktelser, og det fremgår av Menneskerettighetsutvalgets rapport at §§ 94 og 106 ble utformet med henblikk på EMK artikkel 5 og tilleggsprotokollen nr.4 artikkel 2¹⁸. Av den grunn er det naturlig å anta at de også er tiltenkt å ha det samme innholdet. Det støttes opp av

¹⁸ Dok nr.16. (2011-2012), s.116 og s.199.

at flertallet i kontroll og konsultasjonskomiteen ved behandlingen av de aktuelle grunnlovsendringene ikke kom med noen innvendinger mot Menneskerettighetsutvalgets syn på dette punktet¹⁹. Det nevnes også her at grunnlagene for å gripe inn i de aktuelle menneskerettighetene som følger av EMK ikke følger direkte av Grunnlovens bestemmelser, men både forarbeidene og Høyesterett har lagt til grunn at disse må innfortolkes²⁰.

Om forholdet mellom EMK og menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven har Høyesterett uttalt at Grunnloven skal “tolkes i lys av folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene”²¹.

Høyesterett henviser her til fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene, og hvilken vekt og betydning disse vil ha i kartleggingen av det rettighetsvernet som menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven oppstiller. Det kan tolkes som om den praksis og forståelsen som forelå fra de internasjonale forbildene til menneskerettighetsbestemmelsene forut for grunnlovsendringen, skal legges til grunn for forståelsen av våre egne grunnlovbestemmelser.

Det er i alle tilfeller vanskelig å se for seg at menneskerettighetsbestemmelsene vil bli tolket i strid med den forståelsen og praksisen som forelå fra de parallelle konvensjonsbestemmelsene forut for Grunnlovsendringen.

Det er likevel viktig å bemerke som Høyesterett uttalte i Rt.2015 s.93 at det ligger til Høyesterett og ikke de internasjonale håndhevingsorganer å tolke og anvende Grunnlovens bestemmelser. Det innebærer at menneskerettighetsbestemmelsene kan bli tolket uavhengig av den praksisen som følger av de internasjonale håndhevingsorganene²². Denne adgangen vil som nevnt gjøre seg sterkest gjeldende der hvor en ser at rettstilstanden i de internasjonale håndhevingsorganene har endret seg fra det tidspunktet hvor menneskerettighetsbestemmelsene ble inntatt i Grunnloven.

¹⁹ Innst.186 S (2013-2014) s.23 og 31.

²⁰ Dok nr.16. (2011-2012), Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s.116 og s.199, se også Rt.2014 s.1105 og Rt.2015 s.93.

²¹ Rt.2015 s.93, avsnitt 57.

²² Skoghøy, Jens Edvin A, Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven, Lov og Rett 2015 s. 195-196, Universitetsforlaget.

Praksisen som vil bli benyttet i denne avhandlingen stammer fra tiden forut for grunnlovsendringene. Det har heller ikke blitt avsagt noen dommer fra verken §§ 94 eller 96 etter grunnlovsendringene som avviker fra den forståelsen som følger av EMK artikkel 5 og tilleggsprotokollen nr.4 artikkel 2. Sett i lys av det overnevnte og forarbeidene til Grunnloven anses det dermed ikke som et behov å skille mellom det rettighetsvernet som oppstilles i Grunnloven §§ 94 og 96, og i EMK artikkel 5 og TP 4-2. I det videre vil det dermed som hovedregel kun ble henvist til EMK artikkel 5 og TP 4-2 når det vises til retten til fri bevegelse og forbudet mot frihetsberøvelse.

I neste del vil det bli gitt en presentasjon av utlendingsloven § 105 for å vurdere hvilke former for inngrep bestemmelsen hjemler. Deretter vil det bli sett nærmere på hvilke konsekvenser det vil ha dersom et inngrep etter utlendingsloven § 105 utgjør en frihetsberøvelse.

3 Utlendingsloven § 105

3.1 Presentasjon av bestemmelsen

Utlendingsloven § 105 er plassert i kapittel 12 i utlendingsloven “Behandling av fingeravtrykk mv., tvangsmidler og straff”. Formålet bak utlendingslovens tvangsmidler “er at de skal være til hjelp i avgjørelsen eller gjennomføringen av vedtak i utlendingssaker”, da til forskjell fra straffeprosesslovens tvangsmidler hvor formålet er “etterforskning og avklaring av straffbare forhold”²³.

Av bestemmelsen fremgår det at en kan pålegge utlendingen “meldeplikt” eller “bestemt oppholdssted” dersom nærmere vilkår er oppfylt.

Den samme adgangen følger også av § 130 hvor det fremgår at pålegg om “meldeplikt” og “bestemt oppholdssted” kan iverksettes der utlendingen blir ansett for å utgjøre en trussel mot “grunnleggende nasjonale interesser”. Bestemmelsen skal forstås på samme måte som § 105²⁴.

Bestemmelsene utfylles av utlendingsforskriften § 18-12 hvor det følger at “det kan pålegges meldeplikt eller bestemt oppholdssted, eller begge deler”. Videre følger det at “pålegg om bestemt oppholdssted kan blant annet gå ut på at utlendingen skal bo på en bestemt adresse, herunder mottak eller lignende, eller i en bestemt kommune, politidistrikt, eller annet avgrenset sted”. Det angitte oppholdsstedet skal heller ikke begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er “nødvendig for å iverksette de hensyn som begrunner pålegget”.

Spørsmålet om på hvilken måte § 105 i utlendingsloven griper inn i den enkeltes frihet, og med hvilken styrke, vil avhenge av hva som nærmere ligger i pålegg om “meldeplikt” og “bestemt oppholdssted”. Før dette vil bli behandlet skal det knyttes enkelte bemerkninger til utlendingsloven § 106.

²³ Prop. 138 L (2010-2011) s. 29.

²⁴ Prop nr.141 L (2012-2013) s.53.

3.2 Forholdet til utlendingsloven § 106

Utlendingsloven § 106 hjemler som nevnt en adgang for myndighetene til å “på gripe[.]” og “fengsle[.]” utlendinger. Den samme adgangen følger av § 130 dersom vedkommende blir ansett for å utgjøre en trussel mot “grunnleggende nasjonale interesser”.

En naturlig ordlydsforståelse av “fengsle” tilsier at vedkommende kan plasseres på et institusjonslignende sted.

Av utlendingsforskriften § 107 følger det at § 106 gir en adgang til å plassere utlendingen på et utlendingsinternat eller annet særlig tilrettelagt innkvarteringssted. Et eksempel på et slik utlendingsinternat er Trandum. I praksis blir en god del også plassert i de samme fengslene som benyttes ved fengsling etter straffeprosessloven, da av praktiske årsaker²⁵.

Fengsling er som tidligere nevnt klart en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94. Men frihetsberøvelse kan som vist ovenfor “take numerous [..] forms”.

Det innebærer at en står overfor en situasjon hvor det ikke foreligger en hjemmel for andre former for frihetsberøvelse enn fengsling etter § 106. Spørsmålet om § 105 hjemler en adgang for frihetsberøvelse av utlendinger aktualiseres dermed ytterligere, da ved at slike inngrep som ikke kan karakteriseres som fengsling etter § 106, men som like mye er frihetsberøvelser, ikke vil ha et hjemmelsgrunnlag i utlendingsloven.

3.3 “Bestemt oppholdssted og meldeplikt”

3.3.1 “Bestemt oppholdssted”

En naturlig ordlydsforståelse av “bestemt oppholdssted” tilsier at det kan gis pålegg om hvor vedkommende til enhver tid skal befinne seg.

Av utlendingsforskriften § 18-12 fremår det at pålegg om “bestemt oppholdssted” for eksempel kan være at utlendingen “skal bo” på et nærmere avgrenset område. Hva som ligger i “bo” utdypes verken i utlendingsforskriften eller i forarbeidene.

En naturlig ordlydsforståelse tilsier at vedkommende kan pålegges en bestemt bostedsadresse.

²⁵Erling Johannes Husabø og Annika Elisabet Suominen, Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler, 02.03.2012, s.10

“Bo” i den relasjon utlendingsforskriften bruker det kan ikke forstås som at vedkommende fysisk skal være bundet til å oppholde seg på den aktuelle adressen til enhver tid. Som nevnt taler § 105 og vilkåret “bestemt oppholdssted” dit hen at det også skal være en adgang til å gi slike pålegg. Det foreligger dermed en viss motstrid mellom utlendingsforskriften og utlendingsloven § 105. Forskjellen mellom “bo” i utlendingsforskriften § 18-12 og “bestemt oppholdssted” i utlendingsloven § 105 er ikke behandlet i forarbeidene.

Begge formene for inngrep er klare begrensninger i utlendingens bevegelsesfrihet. Et pålegg om bestemt bosted vil kun være et inngrep i vedkommendes rett til fritt å velge sitt bosted, mens et pålegg om fysisk å oppholde seg på et bestemt sted griper inn i utlendingens generelle adgang til å bevege seg. De to inngrepene er med andre ord av ulik karakter, hvor det sistnevnte klart vil være et sterkere inngrep i bevegelsesfriheten.

I TOSLO-2015-14844-1 hadde Mulle Krekar blitt ilagt et pålegg om å bo og oppholde seg på Jarlen mottaksenter, og til enhver tid holde seg innenfor grensene til Hemne kommune. Her var det klart fra selve vedtaket at pålegget om å bo og oppholde seg på Jarlen mottakssenter ikke skulle anses som mer enn et pålegg om en bestemt bostedadresse. Det var dermed ingen foranledning til å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Likevel kom det klart frem at pålegget også innebar at Krekar fysisk ikke kunne bevege seg utenfor Hemne kommune, da uten at det problematisert hvorvidt det var en rettslig adgang til slikt inngrep.

Av utledingsforskriften fremgår det at et pålegg om et bestemt oppholdssted “blant annet [kan] gå ut på” pålegg om en bestemt bostedadresse. Det legges dermed opp til at det kan gis andre former for pålegg, som klart trekker i retning av at utlendingen også kan bli pålagt å fysisk oppholde seg på et bestemt sted.

Hensynet bak bestemmelsen er å føre kontroll med hvor utlendingen befinner seg. Det taler også for at det bør være en adgang for å gi pålegg om at utlendingen fysisk skal oppholde seg på et bestemt sted. En adgang til kun å ilegge pålegg om bestemt bostedadresse vil på mange måter ikke oppfylle dette formålet.

I lys av utlendingsforskriften og formålet med bestemmelsen anses det som klart at “bestemt oppholdssted” hjemler en adgang til å gi pålegg om at utlendingen fysisk skal oppholde seg på et nærmere avgrenset område.

3.3.2 Meldeplikt

En naturlig ordlydsforståelse av “meldeplikt” tilsier at politiet har en adgang til å gi pålegg om at utlendingen skal henvende seg til myndighetene til fastlagte tidspunkter eller dager. Utlendingsforskriften § 18-12 gir ingen føringer på hvordan meldeplikten i praksis skal gjennomføres, men det fremgår at den kan benyttes i sammenheng med et pålegg om “bestemt oppholdssted”.

I motsetning til et pålegg om “bestemt oppholdssted” vil ikke et pålegg om “meldeplikt” innebære noen direkte restriksjoner i tilknytning til hvor vedkommende kan oppholde seg. En meldeplikt vil mer fungere som en forsikring om at pålegget om “bestemt oppholdssted” overholdes.

Det kan av denne grunn stilles spørsmål om et pålegg om “meldeplikt” vil være et inngrep i bevegelsesfriheten etter TP 4-2 og Grunnloven § 106.

I blant annet *Denizci mot Kypros*²⁶ kom EMD frem til at pålegg om å gi politiet beskjed hver gang de ønsket å besøke venner og familie i den nordlige delen av Kypros var et inngrep i bevegelsesfriheten. Det faktum at de måtte gjøre rede for hvor de oppholdt seg, ble her ansett for å gripe inn i deres rett til fri bevegelse. Et pålegg om å melde seg til bestemte steder innen fastlagte tidspunkter vil derimot være et inngrep av en litt annen form enn i den nevnte avgjørelsen.

Det samme hensynet bak inngrepet i *Denizci mot Kypros* kan leses å gjøre seg gjeldende ved meldeplikt, da meldeplikt også har som formål å sørge for at myndighetene skal ha en kontroll over hvor vedkommende befinner seg. I tillegg vil et pålegg om å melde seg til fastlagte tider og på bestemte steder, i realiteten innebære at en vil være forhindret fra å reise dit man vil. Avhengig av på hvilket sted og hvor hyppig meldeplikten gis, vil vedkommende være avskåret fra å reise til steder som medfører at han ikke vil ha tid til å returnere til stedet han er ilagt meldeplikt. Et pålegg om meldeplikt vil dermed være et inngrep i bevegelsesfriheten.

Et pålegg om meldeplikt vil likevel være av en helt annen karakter enn et pålegg om bestemt oppholdssted, da en ikke fysisk vil være bundet til å oppholde seg på det aktuelle stedet. Meldeplikt skiller seg likevel ikke så mye fra et pålegg om bestemt bostedadresse, da en som vist ved et slikt pålegg i likhet med pålegg om meldeplikt vil stå fritt til å forlate det aktuelle

²⁶ Sak nr. 25316/94, 23.05.2001, avsnitt 403-404.

stedet. Et pålegg om kun en bestemt bostedadresse vil av den grunn være avhengig av også et pålegg om meldeplikt hvis en skal oppnå formålet om å holde kontroll over hvor vedkommende befinner seg.

3.4 Oppsummering og videre struktur

Politiet står relativt fritt i utformingen av de aktuelle påleggene, da utlendingsforskriften som vist ikke oppstiller noen klare grenser for hva angår det nærmere innholdet av dem.

Det vil ligge en begrensning i at tiltakene som iverksettes må være “nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner pålegget”²⁷. Også utlendingsloven § 99 vil her oppstille visse skranker for politiets skjønnsutøvelse. Dette vil bli behandlet under punkt 6.

Til svaret på spørsmålet om utlendingsloven § 105 hjemler en adgang til å frihetsberøve utlendinger vil det som nevnt måtte ses hen til EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94.

Grensedragningen mellom bevegelsesfriheten og frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 og tilleggsprotokollen nr.4 artikkel 2 er ikke grundig behandlet i forarbeidene til verken §§ 105 eller 106. I høringsforslaget fra Justis- og Beredskapsdepartementet ble problemet trukket frem, da med henvisning til avgjørelsen *Guzzardi mot Italia*.

Her ble det kun poengtert at pålegg om bestemt oppholdssted kan ha et slikt innhold at det kan bli tale om en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5²⁸. Problematikken ble også trukket frem i forarbeidene til en lovendring i utlendingsloven § 105. Her ble det kun konstatert at “et pålegg om for eksempel å bo på et bestemt mottak med meldeplikt og pålagt opphold i en bestemt kommune” klart vil falle utenfor hva som kan regnes som en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5²⁹. Påstanden ble ikke forankret verken i EMDs praksis eller i andre rettskilder.

Til spørsmålet om utlendingsloven § 105 åpner opp frihetsberøvelser, vil det være sentralt å se på hvilke konsekvenser det vil kunne få dersom det er tilfelle. Det vil derfor først blitt sett nærmere på hvilken betydning det vil få dersom et vedtak etter § 105 griper inn i personens frihet på en slik måte at det vil bli tale om en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

²⁷ Se utlendingsforskriften § 18-12.

²⁸ Høringsforslag— endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv, ref: 201008248, 07.07.2010, s.21.

²⁹ Prop. 138 L (2010-2011) punkt 7.2.4.1 s.33.

4 Oppfyller utlendingsloven § 105 kravene som stilles til frihetsberøvelser etter EMK artikkel 5.

4.1 Hvilken betydning har grensedragningen mellom bevegelsesfrihet og frihetsberøvelse etter EMK?

Spørsmålet er om det oppstilles noen særlige krav i EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94 ved frihetsberøvelser som utlendingsloven § 105 ikke oppfyller, og eventuelt hvilke konsekvenser det vil få. I hovedsak vil det bli sett nærmere på hvilken betydning grensedragningen vil ha for det rettslige grunnlaget for inngrepet, for proporsjonalitetsvurderingen og særlig for de prosessuelle kravene som EMK artikkel 5 oppstiller. Helt til slutt vil det også knyttes enkelte kommentarer til hvilke konsekvenser grensedragningen vil kunne få for våre forpliktelser etter FNs barnekonvensjon.

Helt overordnet kan en si at om “et indgreb skal henføres til EMRK artk 5 som frihetsberøvelse eller blot som et ingreb i bevægelsesfriheden efter P4 art 2 er ofte avgjørende for, om det er forenligt med EMRK”³⁰. Eller sagt med andre ord “the distinction can be critical as article 5 (1) provides for an exhaustive list of circumstances potentially justifying a deprivation of liberty whilst restriction on the right to freedom of movement are subject to the (much more) general qualifications found in article 2(3)-(4)”³¹.

4.2 Grunnlaget for inngrepet

4.2.1 Etter EMK

Inngrep i bevegelsesfriheten kan som nevnt gjøres dersom det blir gjort i interesse av “national security”, for opprettholdelse av “ordre public”, for “prevention of crime”, eller for å beskytte “health or morals” eller “for the protection of the rights and freedoms of others”.

³⁰ Peer Lorenzen m.flere, art.10-59 samt tilleggsprotokollene, s.1329.

³¹ D.J Harris m.flere, s.954.

De ulike alternativene opplistet i protokoll nr.4 artikkel 2 er “subject to [a] general qualifactions”³². De alternative grunnlagene er utformet på en generell måte. Det gir den enkelte stat en vid skjønnsmargin hva angår forståelsen og rekkevidden av dem, noe som igjen etterlater et relativt vidt spillerom til å iverksette tiltak som griper inn i bevegelsesfriheten. Det vil være en rekke ulike forhold som kan legitimere et inngrep med støtte i for eksempel hensynet til “national security”, eksempelvis å hindre en terrormistenkt fra å begå terrorhandlinger.

I EMK artikkel 5 er grunnlagene for frihetsberøvelse utformet på en annen måte. Det legges ikke opp til en bredere og mer skjønnsmessig vurdering av hvorvidt det foreligger grunnlag for frihetsberøvelsen. I bokstav a til f er det uttømmende oppramsing av hvilke omstendigheter som kan legitimere en frihetsberøvelse. Skjønnsmarginen blir som et resultat av dette betraktelig snevrere enn den er ved inngrep i bevegelsesfriheten³³.

Det har sin naturlige forklaring i at inngrep i bevegelsesfriheten klart er et mildere tvangsmiddel enn en frihetsberøvelse, og skjønnsmarginen må tilpasses deretter.

4.2.2 Etter utlendingsloven § 105

Av utlendingsloven § 105 er det totalt seks ulike alternativer som kan danne grunnlag for å ilegge pålegg om “bestemt oppholdssted” og “meldeplikt”. For å kartlegge om enkelte av disse ikke kan anvendes som grunnlag for frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, er det nærliggende å se hen til § 106 som hjemler en adgang til å frihetsberøve utlendinger.

I § 106 oppstilles de samme grunnlagene som i § 105, med unntak av bokstav d. Bokstav d retter seg mot dem som er vernet mot utsendelse etter utlendingsloven § 73. Av § 130 følger som nevnt også en adgang til å pålegge “bestemt oppholdssted” og meldeplikt. Dersom myndighetene etter § 130 ønsker å iverksette fengsling istedenfor pålegg om meldeplikt og bestemt oppholdssted, oppstilles det et tilleggskrav om at det må være truffet “tiltak mot utlendingen med sikte på utsendelse”.

Av artikkel 5 bokstav f følger det at frihetsberøvelse av utlendinger kan gjøres dersom det er foretatt skritt “with a view to deportation”. Av EMDs praksis følger det at det vil være et brudd på artikkel 5 å frihetsberøve vedkommende dersom utsendelse etter nasjonal

³² D.J Harris m.flere s.964

³³ Ibid,s.954

lovgivning ikke er tillatt, og at adgangen til å frihetsberøve utlendingen kun gjelder så lenge utvisningsprosessen er aktiv³⁴.

Dette er begrunnelsen bak hvorfor bokstav d i utledningsloven § 105 ikke kan anvendes som grunnlag for frihetsberøvelse, da vedkommende som nevnt er vernet mot utsendelse. Det er også hvorfor en krever at det må ha blitt iverksatt tiltak mot utsendelse dersom en ønsker å fengsle vedkommende etter § 130 2. ledd.

Grensedragningen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten får da betydning for anvendelsen av § 105 bokstav d, og for utlendingsloven § 130 der hvor det ikke er iverksatt tiltak med sikte på utsendelse. I disse to tilfellene vil en være avskåret fra å frihetsberøve utlendingen, mens de øvrige grunnlagene i § 105 også kan anvendes ved frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

4.3 Betydningen for proporsjonalitetsvurderingen

4.3.1 Etter EMK

Som et utgangspunkt kan det slås fast at der hvor inngrep i bevegelsesfriheten skal være “necessary in a democratic society”, proporsjonalt med det formålet som ønskes oppnådd, stilles det som utgangspunkt ikke opp et slik krav etter EMK artikkel 5.

For det første er dette begrunnet i at de ulike alternative grunnlagene som kan hjemle et inngrep i bevegelsesfriheten er såpass vide og skjønnsmessige. Det er derfor ikke tilstrekkelig at det kun kan påvises at formålet med inngrepet faller inn under av de nevnte kategoriene, det må også være “necessary in a democratic society”.

EMD har uttalt at proporsjonalitetsvurderingen som “necessary in a democratic society” viser til, legger opp til en vurdering av om det foreligger en “fair balance between the public interest and the individual rights”³⁵. Det er altså ikke et krav om at det skal påvises en klar interesseovervekt. Det er tilstrekkelig at det foreligger en forsvarlig balanse mellom de to motstående interessene.

³⁴ Sak nr.22414/93, 15.11.1996, avsnitt 112-113.

³⁵ Riener mot Bulgaria, sak nr.46343/99, avsnitt 109.

EMK artikkel 5 har ingen reservasjon om at frihetsberøvelsen skal være “necessary in a democratic society”. Av juridisk teori følger det at det som et utgangspunkt ikke skal gjøres noen “friere afvejning af de motstående hensyn med henblikk på at vurdere, om staten har ramt af fair balance”. Det innebærer at det normalt er tilstrekkelig at frihetsberøvelsen har hjemmel i “én eller flere av undtagelsesbestemmelserne, og at der en forbindelse mellem frihetsberøvelsen og opnåelsen af det forfulgte formål”³⁶. Likevel har EMD i enkelte tilfeller innfortolket et proporsjonalitetskrav, men EMD har ikke oppstilt et generelt krav³⁷.

4.3.2 Etter utlendingsloven § 105

Av utlendingsloven § 105 jf. utlendingsforskriften § 18-2 følger det at inngrepet ikke skal “begrense bevegelsesfriheten mer enn det som er nødvendig”. Med andre ord i likhet med tilleggsprotokollen legger bestemmelsen opp til at det skal gjøres en nærmere vurdering av om tiltaket kan anses som “necessary in a democratic society”.

I utlendingsloven § 106 følger det av andre ledd at det “ikke [kan] besluttes pågripelse eller fengsling dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted”. Det legges her opp til at det skal gjøres en proporsjonalitetsvurdering i likhet med den som følger av § 105. Det må vurderes om fengslingen vil være nødvendig sett i lys av det aktuelle formålet, eller om meldeplikt og bestemt oppholdssted vil være tilstrekkelig. Med andre ord skillet mellom inngrep i bevegelsesfriheten og frihetsberøvelse som en ser i EMK, hvor det ikke oppstilles et krav til proporsjonalitet ved sistnevnte, gjelder ikke etter §§ 105 og 106 i utlendingsloven. Likevel vil det etter utlendingsloven få betydning for den nærmere proporsjonalitetsvurderingen, da terskelen for hva som vil anses som proporsjonalt, klart vil avhenge av om en karakteriserer inngrepet som et inngrep i bevegelsesfriheten eller som en frihetsberøvelse.

Der hvor det derimot er tale om frihetsberøvelse som ikke er fengsling, foreligger det som tidligere nevnt ingen lovhjemmel for slike inngrep.

³⁶ Peer Lorenzen m.flere, art.1-9, s.287.

³⁷ Witold Litwa mot Polen 26629/95, avsnitt 78.

4.4 Betydningen for de prosesuelle kravene

4.4.1 Etter EMK

Ved inngrep i bevegelsesfriheten oppstilles ingen særskilte prosessuelle krav utover dem som følger av EMK artikkel 6. Deriblant at enhver skal ha rett på en “fair and public hearing” innenfor “reasonable time”. Formålet til EMK artikkel 6 er i følge EMD å “place the ‘tribunal’ under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessments of whether they are relevant to its decision”³⁸.

Som nevnt tidligere oppstilles det også et krav om at både grunnlaget for inngrepet i bevegelsesfriheten og tiltakets proporsjonalitet skal bli vurdert jevnlig³⁹.

EMK artikkel 5 andre til femte ledd oppstiller egne prosessuelle krav som vil gjelde der hvor en stor overfor en frihetsberøvelse. Disse gjelder da i tillegg til de generelle kravene i EMK artikkel 6, der hvor det ikke følger særskilte krav av EMK artikkel 5.

For det første kreves det at enhver som blir arrestert skal bli informert “promptly” på et språk han forstår, om hvorfor han er arrestert og hvilke anklager som er rettet mot ham. Er vedkommende blitt arrestert med hjemmel i artikkel 5 bokstav c kreves det også at han blir bragt “promptly” foran en dommer, og at han skal få prøvd saken sin innen “reasonable time”. Det er kun der hvor frihetsberøvelsen er gjort med det formål å “bringing him before the competent legal authority” etter en rimelig mistanke om at han har begått et lovbrudd, eller for å “prevent his committing an offence” eller “fleeing after having done so”, at det inntreffer et krav om å bli fremstilt foran en domstol “promptly”. Dette gjelder også kun for “those detained on remand”⁴⁰, altså for dem anholdt i varetekt. Av juridisk teori fremgår det at dette skal forstås som en automatisk rett. Det innebærer at retten ikke er avhengig av at vedkommende selv har fremmet et krav om at grunnlaget for frihetsberøvelsen skal bli bragt inn for domstolen⁴¹.

I tillegg har vedkommende et krav på at saken skal bli prøvd innen “reasonable time” etter EMK artikkel 5 bokstav c. Forståelsen av “reasonable time” er ikke den samme som etter

³⁸ Sak nr. 13942/88, 19.04.1993, avsnitt 30.

³⁹ D.J Harris m.flere, s.957

⁴⁰ Peter Van Djik m.flere, s.487

⁴¹ Ibid, s.487.

EMK artikkel 6. EMD har uttalt at “an accused person in detention is entitled to have his case given priority and conducted with particular expedition”⁴². Det innebærer at selv om kravet til “reasonable time” er oppfylt etter EMK artikkel 6, kan det likevel være i strid med kravet til “reasonable time” etter EMK artikkel 5 bokstav c⁴³.

Av EMK artikkel 5 nr.4 fremgår det at enhver som har blitt frihetsberøvet skal være “entitled” til å få prøvd lovligheten av den, og at avgjørelsen skal bli fattet “speedily”. Denne retten skiller seg klart fra den som følger av EMK artikkel 5 nr.3⁴⁴. For det første gjelder denne retten for alle former for frihetsberøvelse, ikke bare dem som er hjemlet i EMK artikkel 5 bokstav c. I tillegg oppstilles det ikke noe krav om at vedkommende automatisk skal bli fremstilt for en domstol, det oppstår kun en “right to take proceedings by which the lawfulness of such deprivation of liberty will be reviewed”⁴⁵⁴⁶.

EMD har også gjennom sin praksis oppstilt et krav om at det skal gjennomføres en “review of [the] lawfulness at reasonable intervals” der hvor en står overfor en frihetsberøvelse. Det vil for eksempel være hvor mindreårige er blitt fengslet⁴⁷.

Forskjellen i kravet om at grunnlaget for inngrepet i bevegelsesfriheten skal vurderes “regularly”⁴⁸, og at det ved frihetsberøvelser kreves en “review [...] at reasonable intervals” er ikke helt klar. Likevel vil slike fornyede vurderinger være desto viktigere ved frihetsberøvelser. Det har blant annet blitt trukket frem i juridisk teori hvor det er fremhevet at “the very nature of deprivation of liberty” vil nødvendiggjøre en slik fornyet vurdering i enkelte tilfeller⁴⁹. Hva som skal anses som “reasonable intervals” vil avhenge av de nærmere forholdene i den enkelte sak. I de tilfeller hvor vedkommende har vært “detained on remand” etter artikkel 5 bokstav nr.3 har EMD akseptert intervaller på en måned, mens for de øvrige frihetsberøvelsene som faller inn under artikkel 5 nr.4 har opp til ett år blitt ansett for å være innenfor⁵⁰.

⁴² Sak nr.2122/64, 27.06.1968, avsnitt 17.

⁴³ Pieter van Djik m.flere, s.492.

⁴⁴ Ibid, s.487.

⁴⁵ Harris m. flere, s.339.

⁴⁶ Pieter van Djik m.flere, s.498.

⁴⁷ D.J. Harris m.flere, s.363-364.

⁴⁸ Ibid, s.957.

⁴⁹ Ibid, s.363.

⁵⁰ D.J. Harris m.flere, s.365.

4.4.2 Etter utlendingsloven § 105

I likhet med punkt 4.2.2 er det er nærliggende å se hen til § 106 som hjemler frihetsberøvelse, for å vurdere hvorvidt det er en forskjell i de prosessuelle kravene som oppstilles etter utlendingsloven § 105 og EMK artikkel 5.

Både ved inngrep etter §§ 105 og 106 oppstilles krav om at myndighetene skal informere utlendingen om bakgrunnen for hvorfor de har iverksatt det aktuelle inngrepet. Videre vil utlendingen både etter §§ 105 og 106 ha krav på å få prøvd lovligheten av vedtaket for en domstol. For øvrig gjelder straffeprosessloven §§ 175 første og annet punktum, 184 og 187 a så langt de passer ved inngrep etter § 105. Etter utlendingsloven § 106 kommer straffeprosessloven § 174-191 til anvendelse.

For det første må det vurderes hvorvidt noen av grunnlagene som kan hjemle et inngrep etter utlendingsloven § 105 faller inn under ett av de nevnte formålene i EMK artikkel 5 bokstav c. Ved inngrep etter utlendingsloven § 105 vil nemlig ikke straffeprosessloven § 183 komme til anvendelse. Bestemmelsen er ment å ha samme innhold som EMK artikkel 5 nr.3.⁵¹ Av § 183 fremgår det at dersom politiet ønsker å beholde den pågripne skal han “snarest mulig” og “senest den tredje dagen” etter pågripelsen fremstilles for tingretten. Det innebærer at dersom et av grunnlagene for å ilegge pålegg etter utlendingsloven § 105 faller inn under EMK artikkel 5 bokstav c, vil det potensielt under forutsetning av at inngrepet er å anse som en frihetsberøvelse, kunne innebære et brudd på retten til “promptly” å bli fremstilt foran en domstol etter EMK artikkel 5 nr.3. Da som en følge av at § 183 ikke vil komme til anvendelse.

Av utlendingsloven § 105 bokstav c fremgår det at det kan ilegges pålegg der hvor vedkommende er “ilagt straff for et straffbart forhold” eller treffes på “fersk gjerning ved utøvelse av et straffbart forhold”. Formålet må klart anses å falle inn under kategorien “preventing him committing and offence” etter EMK artikkel 5 bokstav c. Det støttes av forarbeidene til § 105 hvor det fremgår at bokstav c er ment å motvirke “omreisende kriminell virksomhet”⁵². Det innebærer at dersom det fattes et vedtak med hjemmel i § 105 bokstav c vil det i utgangspunktet inntre en rett for vedkommende å bli fremstilt for en domstol, dersom inngrepet er å anse som en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

⁵¹ Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, Straffeprosessloven – kommentarutgave, 4.utgave, Bind 1, Universitetsforlaget, 2011, s.645-646.

⁵² Prop. 138 L (2010-2011) punkt 7.2.4.1 s.33

Retten til å bli fremstilt automatisk for en domstol gjelder som nevnt kun i de tilfeller hvor vedkommende er «detained on remand». Det innebærer som tidligere forklart at personen må være i varetekt, da i påvente av en rettsak. Av forarbeidene fremgår det at for å ilegge pålegg med hjemmel i § 105 bokstav c er det som et «utgangspunkt[...] krav til at utlendingen er ilagt straff»⁵³. Normalt kreves det at utlendingen har vedtatt et forelegg eller at han har blitt dømt i en straffesak⁵⁴. Med andre ord dersom vedkommende allerede er dømt for den aktuelle straffbare handlingen vil ikke en potensiell frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 105 bokstav c kunne anses som «detained on remand», da frihetsberøvelsen ikke vil være i påvente av en rettsak. Retten til å bli fremstilt for en domstol vil dermed ikke inntre.

Forarbeidene uttaler likevel at dette kun er et «utgangspunkt» at han må være ilagt straff. Dersom han ikke er ilagt straff på tidspunktet påleggene ilegges, men hvor påleggene er ilagt i påvente av en rettsak, og inngrepet er å anse en frihetsberøvelse, kan det stilles spørsmål om vedkommende vil være «detained on remand». Det vil i så fall innebære at retten til å bli fremstilt for en domstol vil inntre etter EMK artikkel 5 nr.3. Det er ikke mulig å gi et sikkert svar på dette, men dersom en slik situasjon oppstår, vil det kunne utgjøre et brudd på EMK artikkel 5 nr.3, da straffeprosessloven § 183 ikke kommer til anvendelse ved inngrep etter utlendingsloven § 105. I tillegg vil dette i så fall medføre at retten til at saker etter EMK artikkel 5 nr.3 skal gis prioritet heller ikke vil være oppfylt.

For de øvrige grunnlagene som følger av utlendingsloven § 105 vil EMK artikkel 5 nr.4 komme til anvendelse hvis påleggene utgjør en frihetsberøvelse. Problematikken nevnt i forrige avsnitt vil her ikke aktualisere seg, da ingen av disse grunnlagene kan anses å falle inn under EMK artikkel 5 bokstav c.

Kravet etter EMK artikkel 4 om at vedkommende skal være “entitled” til å bringe inn for domstolene spørsmålet om det foreligger et grunnlag for inngrepet, er oppfylt i utlendingsloven § 105 annet ledd. Det problematiske her er hvorvidt kravet til at det skal bli fattet en “speedily” avgjørelse vil være oppfylt etter utlendingsloven § 105 ved en potensiell frihetsberøvelse. Det følger verken av utlendingsloven § 105 eller av hensvisningene til de nevnte bestemmelsene i straffeprosessloven at saker etter utlendingsloven § 105 skal gis noen prioritet. Det kan tilsi at der hvor inngrepet etter § 105 er å anse som en frihetsberøvelse, vil ikke kravet til “speedily” å få prøvd saken sin for domstolen være oppfylt.

⁵³ Prop. 138 L (2010-2011) s. 59.

⁵⁴ Ibid, s.59.

Begrensningene som fremgår av både utlendingsloven § 106 og straffprosessloven om maksimal fengslingstid kommer heller ikke til anvendelse ved inngrep etter § 105. Det innebærer at kravet om en fornyet prøving etter fire uker ikke vil gjelde ved vedtak fattet med hjemmel i § 105, jf. straffeprosessloven § 185. Fireukersfristen gjelder derimot kun for dem som er “detained on remand”⁵⁵. For det tenkte tilfellet gitt i tilknytning til § 105 bokstav c, vil det kunne utgjøre et brudd på EMK at § 185 og fireukersfristen ikke kommer til anvendelse.

For de andre formene for frihetsberøvelse er det antatt som nevnt at en fornyet vurdering som skjer før det har gått ett år, er innenfor kravene etter EMK. Perioder over dette vil kunne utgjøre et brudd på artikkel 5⁵⁶.

Utlendingsloven § 105 oppstiller ikke noe krav om fornyet vurdering av grunnlaget for inngrepet ved fastlagte intervaller. Utlendingsloven § 99 som legger opp til at det skal gjøres en forholdsmessighetvurdering ved bruk av tvangsmidler vil her kunne avhjelpe problematikken noe. Men det oppstilles ikke et krav om at det skal bli gjort en fornyet vurdering hvert år, noe som EMD som et utgangspunkt krever ved frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr.4. Det innebærer at det ved en frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 105 potensielt også vil kunne bli et brudd på EMK artikkel 5 nr.4.

4.5 Vil grensedragningen mellom bevegelsesfrihet og frihetsberøvelse få betydning for våre forpliktelser etter barnekonvensjonen?

4.5.1 Artikkel 37 bokstav b

FNs barnekonvensjon⁵⁷ er en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2, og kommer til anvendelse ved alle saker som berører mindreårige.

Av artikkel 37 bokstav b fremgår det at barn ikke skal “deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrary”. Det følger videre at “the arrest, detention or imprisonment” av et barn kun skal bli brukt som et “measure of last resort” og for “the shortest appropriate periode of time”.

⁵⁵ D.J Harris m.flere s.365.

⁵⁶ Ibid, s.365.

⁵⁷ Convention on the Rights of the Child, 02.09.1990.

Ved inngrep etter utlendingsloven § 106, altså ved “fengsling” av mindrårige fremgår det av § 106 at straffeprosessloven § 185 annet ledd kommer til anvendelse. Av denne bestemmelsen følger det at “fristen skal være så kort som mulig og ikke overstige to uker”. Det er naturlig å lese denne bestemmelsen i lys av det nevnte kravet i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b.

Etter utlendingsloven § 105 gjelder det ingen absolutt frist for inngrep rettet mot mindreårige. Spørsmålet er hvorvidt barnekonvensjonen vil gjelde også for andre former for frihetsberøvelse enn fengsling. Hvis det er tilfelle, kan det innebære at en frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 105 vil kunne komme i konflikt med barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav d, da ved at straffeprosessloven § 185 annet ledd ikke kommer til anvendelse. Det vil i så fall også avhenge av at den aktuelle frihetsberøvelsen etter utlendingsloven § 105 må anses som en «arrest, detention or imprisonment». Dette vil ikke bli behandlet noe ytterligere, men det trekkes frem da det anses som et sentralt poeng å belyse.

4.6 Oppsummering og videre struktur

Som vist overfor vil det få konsekvenser etter norsk rett dersom et inngrep etter utlendingsloven § 105 vil utgjøre en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Det er da særlig i tilknytning til anvendelsen av § 105 bokstav d og for de prosessuelle kravene som oppstilles i EMK. I tillegg kan det reises spørsmål om det også vil få konsekvenser for våre forpliktelser etter barnekonvensjonen.

Spørsmålet om et eller flere pålegg gitt i medhold av utlendingsloven § 105 vil utgjøre en frihetsberøvelse, vil dermed kunne bli avgjørende for hvorvidt vi oppfyller våre forpliktelser etter EMK. Med det som bakteppe vil det i det videre vurderes hvor grensen mellom bevegelsesfrihet og frihetsberøvelse skal trekkes. Vil for eksempel et pålegg om oppholde seg i Osterøy kommune utgjøre en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5?

For å besvare dette spørsmålet må en se hen til praksis fra EMD. Praksis fra EMD er ved siden av selve konvensjonsteksten den mest sentrale rettskilden ved tolkningen av EMK⁵⁸.

⁵⁸ Johansen, Jon Petter Rui, Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstoler avgjørelser, 2009. RETF-2009-126-96 s.99.

5 Grensen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten etter praksis fra EMD

5.1 Hovedlinjene i vurderingen

5.1.1 De nærmere vurderingsmomentene

EMD har behandlet grensedragningen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten ved flere anledninger. I det videre vil det i hovedsak bli fokusert på fem sentrale avgjørelser; Engel m. flere mot Nederland⁵⁹, Guzzardi mot Italia⁶⁰, Lubita mot Italia⁶¹, Raimondo mot Italia⁶² og Austin m. flere mot Storbritannia⁶³.

Engel mot Nederland er en av de første avgjørelsene hvor spørsmålet ble behandlet. Det ble her lagt til grunn at spørsmålet om en står overfor en frihetsberøvelse eller et inngrep i bevegelsesfriheten vil avhenge av “the nature, duration, effects and manner of implementation of the penalty or measure in question”⁶⁴. Dette utgangspunktet har i senere avgjørelser blitt fulgt opp. Deriblant i Guzzardi mot Italia, men med et unntak. EMD videreførte i denne avgjørelsen ikke momentet “nature”, men erstattet det med “type”.

Det foreligger altså en forskjell fra det rettslige utgangspunktet som ble skissert i Engel m. flere. mot Nederland. Hvorvidt det var hensikten ser ikke ut til å ha blitt vurdert verken i juridisk teori eller i praksis.

Tatt i betraktning at EMD i Guzzardi-avgjørelsen oppstilte vurderingsmomentene med en henvisning til Engel-avgjørelsen, kan det tale for at hensikten ikke var å endre utgangspunktet for vurderingen. I samme avsnitt slo likevel EMD klart fast at det er inngrepets “degree” og “intensity” som skal være avgjørende for vurdering av om det foreligger en frihetsberøvelse,

⁵⁹ Sak nr. 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, 23.11.1976,

⁶⁰ Sak nr. 7367/76, 06.11.1980.

⁶¹ Sak nr. 26772/95, 06.04.2010.

⁶² Sak nr. 129454/87, 22.02.1994.

⁶³ Sak nr. 39692/09 40713/09 41008/09, 15.03.2012.

⁶⁴ Engel m. flere. mot Nederland, avsnitt 59.

og ikke inngrepets “nature or substance”⁶⁵. Dette taler klart for det motsatte.

Senere avgjørelser, deriblant Raimondo mot Italia henviser både til Engel og Guzzardi-dommen. Likevel anvendes momentet “type” og ikke “nature”, uten at det heller her blir kommentert noe nærmere. At det er momentet “type” og ikke “nature” som skal anvendes i vurderingen av om en står overfor en frihetsberøvelse eller ikke, fremstår likevel som klart.

Spørsmålet blir hvilken betydning det vil ha for vurderingen at momentet “nature” er erstattet med “type”. For å svare på dette må en se nærmere på disse to momentene.

5.1.2 Forskjellen mellom “type” og “nature”

Forskjellen mellom hva som ligger i inngrepets “nature” og “type” er ikke åpenbar. Det er klart at begge momentene henviser til en vurdering av inngrepets innhold.

Det er naturlig å forstå inngrepets “nature” som en henvisning til inngrepets karakter. Med andre ord inngrepets art, og da hvilken nærmere bestemt kategori inngrepet faller inn under.

Momentet “type” kan forstås som et spørsmål om inngrepets form, hvor selve innholdet står sentralt. “Type” kan av denne grunn anses for å gå dypere ned i selve inngrepets innhold, i motsetning til “nature” som viser til en løsøre klassifisering av inngrepet basert på karakteren av det. Dette kan anses å være noe av grunnen til hvorfor EMD også erstattet vilkåret “natur” med “type”.

Momentet “type” vil også omfatte inngrepets “nature”, men inngrepets “nature” skal altså ikke være styrende for vurderingen av inngrepets “type”.

Det er dermed klart vurderingen av om en står overfor en frihetsberøvelse eller et inngrep i bevegelsesfriheten skal avgjøres på bakgrunn av inngrepets “type, duration, effects and manner of implementation”. Momentet “nature” vil ikke ha noen selvstendig betydning i vurderingen.

⁶⁵ Guzzardi mot Italia, avsnitt 93.

5.1.3 Oppsummering og videre struktur

De nevnte momentene vil gå inn i en helhetsvurdering av hvorvidt inngrepets “degree and intensity” når opp til terskelen for frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5⁶⁶.

Det hele vil bero på om de aktuelle restriksjonene har satt vedkommende i en situasjon “comparable with or equivalent to the situation of persons in detention”⁶⁷. Som EMD selv har fastslått kan frihetsberøvelse “take numerous [...] forms”⁶⁸, og det er i vurderingen av de nevnte momentene at en vil kunne kartlegge disse ulike formene.

Momentene har i EMD ikke blitt behandlet hver for seg, men da inngått i en helhetsvurdering. Det anses likevel som hensiktsmessig å behandle dem separat, der hvor det er naturlig. Det vil få frem klarere den nærmere vurderingen som skal gjøres, da det vil synliggjøre hvilken vekt og betydning de ulike momentene har i den konkrete vurderingen. Dette endrer ikke på utgangspunktet om at avgjørelsen skal bero på en konkret helhetsvurdering.

Underveis i gjennomgangen av momentene vil det bli tatt utgangspunkt i et tenkt pålegg som objektivt sett må anses å ha hjemmel i utlendingsloven § 105, da for å illustrere nærmere hvor den konkrete grensen etter praksis fra EMD går:

A pålegges å oppholde seg i Træna kommune til enhver tid. Pålegget gjelder fra 01.01.2016 – 01.01.2017.

5.2 “Type [...]” og “manner of implementation of the measure in question”

5.2.1 En henvisning til inngrepets nærmere innhold

Som nevnt overfor er det naturlig å forstå “type” som en henvisning til det nærmere innholdet av inngrepet. Dette henger sammen med inngrepets “manner of implementation”. Hvordan og på hvilken måte inngrepet gjennomføres på, vil i realiteten også bli et spørsmål om inngrepets nærmere innhold, eller “type”. Det er vanskelig å se hvilke andre aspekter ved inngrepet som vil gjøre seg gjeldende dersom en vurderer disse to momentene separat.

Momentet “manner of implementation” kan antas også å ha mistet litt av sin selvstendige

⁶⁶ D.Harris, m.flere, s.290.

⁶⁷ Ibid, s.291.

⁶⁸ Guzzardi mot Italia, avsnitt 95.

betydning, da etter at momentet “nature” ble byttet ut med “type”.

Det anses derfor som mest hensiktsmessig å behandle disse to samlet. Det foreligger også en viss støtte for dette i EMDs praksis⁶⁹.

Hvorvidt et pålegg om å oppholde seg innenfor en bestemt kommune eller bygd skal anses som en frihetsberøvelse, vil altså avhenge av inngrepets nærmere innhold. Dette vil som nevnt bero på en konkret vurdering⁷⁰.

Det er likevel mulig å trekke ut enkelte momenter fra EMDs praksis som vil være veiledende for den nærmere vurderingen.

I Guzzardi-dommen slo EMD fast at størrelsen på stedet vedkommende er pålagt å oppholde seg på, vil ha betydning. Guzzardi var mistenkt for å delta i mafiavirksomhet, og av den grunn blitt plassert på en øy på 2,5 kvadratkilometer. I tillegg var han henvist til å oppholde seg på kun deler av øyen.

I dette tilfellet var en langt fra kjerneområdet til EMK artikkel 5. Vedkommende var ikke plassert i arrest eller på en institusjon, og han hadde muligheter til å bevege ganske fritt. Inngrepets karakter eller “nature” trakk her i retning av en ikke stod overfor en frihetsberøvelse.

EMD slo likevel fast at selv om en ikke her stod overfor “[the] classic detention in prison or stricht arrest”, så kunne plasseringen på øyen sammenlignes med “detention in an “open prison” or committal to a disciplinary unit”⁷¹.

Formen eller innholdet av inngrepet talte her for at det forelå en frihetsberøvelse. Det var særlig størrelsen på området, og det faktum at det var en øy, som ble avgjørende. Inngrepet hadde av denne grunn klare likhetstrekk med “the situation of persons in detention”.

Hvor stort eller hvor avsidesliggende stedet eventuelt må være før det vil kunne bli sammenlignbart med en frihetsberøvelse kan ikke skisseres generelt på bakgrunn av denne avgjørelsen. Avgjørelsen illustrerer likevel at dersom vedkommende blir plassert på et sted hvor en vil ha få muligheter til å bevege seg fritt, da på grunn av de geografiske forholdene, for eksempel på grunn av størrelse eller beliggenhet, vil det aktualisere spørsmålet om det

⁶⁹ Austin m. flere mot Nederland avsnitt 59.

⁷⁰ Sak nr. 7367/76, 06.11.1980, avsnitt 92.

⁷¹ Guzzardi mot Italia avsnitt 95.

foreligger en frihetsberøvelse. Det gjelder selv om inngrepets “nature” klart faller utenfor det som normalt kan anses som en frihetsberøvelse.

5.2.2 Betydningen av inngrepets “nature”

Som nevnt skal ikke inngrepets “nature” tillegges noen avgjørende vekt i vurderingen av om en står overfor en frihetsberøvelse. Likevel vil momentet kunne fungere som en pekepinn. Et eksempel på dette er avgjørelsen Raimondo mot Italia. Her uttalte EMD at “restrictions on the liberty of movement resulting from special supervision” ⁷²faller inn under tileggsprotokollen nr.4 artikkel 2 og ikke EMK artikkel 5. Raimondo var underlagt en rekke restriksjoner, men på dagtid kunne han bevege seg relativt fritt.

På bakgrunn av at utfallet i denne avgjørelsen har det i juridisk teori blitt lagt til grunn at en person kan pålegges å oppholde seg i sitt hjem for opptil tolv timer om dagen, og til og med hele helgen, uten at dette vil være en frihetsberøvelse⁷³.

Dette har også støtte i Lubita mot Italia hvor en stod overfor lignende restriksjoner som i Raimondo-avgjørelsen, og hvor EMD unnlot å vurdere om det forelå en frihetsberøvelse. At inngrep av denne karakter normalt sett ikke vil nå opp til terskelen for frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, er det etter både Lubita og Raimondo-avgjørelsen grunnlag for å slå fast.

Det at EMD slo fast i både Lubita og Raimondo- avgjørelsen at det ikke forelå en frihetsberøvelse, da uten å vurdere inngrepet noe nærmere, trekker i retning av at EMD lot inngrepets karakter få avgjørende vekt. Dette samsvarer ikke helt med det som ble redegjort for ovenfor, altså at en må se på det konkrete tilfellet og det nærmere innholdet av inngrepet ved vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse.

Spørsmålet er om disse avgjørelsene skal forstås som at inngrepets “nature” har fått en større vekt i spørsmålet av om en står overfor en frihetsberøvelse.

Avgjørelsene må leses i lys av det faktum at en anså det som klart i begge tilfellene at en var utenfor EMK artikkel 5. Hovedforskjellen mellom dem og tilfellet i Guzzardi-avgjørelsen var at verken Lubita eller Raimondo var pålagt å oppholde seg innenfor et bestemt område eller distrikt. Dermed talte inngrepets art klart for at det kun forelå et inngrep i bevegelsesfriheten. Det ser av den grunn ut til at EMD ikke har hatt til hensikt å endre på utgangspunktet oppstilt

⁷² Raimondo mot Italia, avsnitt 39.

⁷³ D.J Harris m. flere, s.291.

i Guzzardi-avgjørelsen om at inngrepets “nature” skal tillegges liten vekt i den konkrete vurderingen.

Utgangspunktet er at det vil være inngrepets “type” som skal ha avgjørende vekt i vurderingen, men de nevnte avgjørelsene viser at også inngrepets “nature” vil ha en viss betydning. Det må antas at det kun vil være der hvor det er åpenbart at inngrepets “nature” eller karakter er av en slik art at det ikke vil kunne komme i konflikt med EMK artikkel 5. Lubita og Raimondo avgjørelsene kan anses å falle inn under denne kategorien. Utover disse klare tilfellene bør det vises forsiktighet med å anvende “nature” som et aktivt moment i vurderingen.

Det underbygges av EMD sin uttalelse i Guzzardi-avgjørelsen hvor det trekkes frem at frihetsberøvelse “can take numerous [...] forms” og at variasjonen “increase[s] by developments in legal standards and in attitudes”⁷⁴. Det kan innebære en viss risiko å stole på at et inngrep basert på “[its] nature” ikke vil komme i konflikt med EMK artikkel 5, da oppfatningen av hvordan en skal klassifisere inngrepet vil endres med tiden.

For det tenkte pålegget under punkt 5.1.3 vil det overnevnte innebære at selv om et pålegg om å oppholde seg i Træna kommune ikke kan anses som “classic detention in a prison”, utelukker ikke dette at det likevel kan bli tale om en frihetsberøvelse. På en annen side er Træna kommune 14 kvadratkilometer større enn den øyen Guzzardi var plassert på. Visse likheter med en form for åpen soning er det likevel. Træna kommune består blant annet av flere øyer, noe som vanskeliggjør adkomstmulighetene rundt omkring i kommunen. Selv om inngrepets karakter her ikke nødvendigvis taler for at en står overfor en frihetsberøvelse, vil inngrepets nærmere innhold og form trekke i motsatt retning.

For eksempelet fra Osterøy kommune vil situasjonen være en annen. Kommunen er 233 kvadratkilometer stor, betraktelig større enn Træna kommune. Det trekkes i retning av at en klart er utenfor EMK artikkel 5. På en annen side ligger Osterøy kommune i likhet med tilfellet i Guzzardi-avgjørelsen på en øy. Det i seg selv tilsier at situasjonen vil være mer sammenlignbar med en form for åpen soning. Likevel vil en ikke komme foruten det faktum at øyen er relativt stor, i tillegg til at adkomstmulighetene også er gode.

⁷⁴ Guzzardi mot Italia, avsnitt 45.

5.2.3 Betydningen og vekten av “[t]he specific context and circumstances surrounding the measure”.

I Austin m.flere mot Nederland kom EMD frem til at “type” og “manner of implementation” også gir en adgang til å tillegge “the specific context and circumstances surrounding the measure”⁷⁵ vekt i vurderingen.

Sagt med andre ord åpnet EMD opp for at formålet med inngrepet kan få betydning for spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

På mange måter relativiserer dette spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse, ved at en beveger seg fra en mer objektiv til en mer subjektiv vurdering av inngrepets nærmere innhold.

Dette samsvarer ikke med utgangspunktet om at EMK artikkel 5 som hovedregel ikke åpner opp for en “friere afvejning af de motstående hensyn med henblikk på at vurdere, om staten har ramt af fair balance”⁷⁶.

Dette var også bakgrunnen for og begrunnelsen til mindretallet i avgjørelsen. Mindretallet var av den oppfatning at det å tilegge formålet med inngrepet betydning i grensedragningen, ville gjøre spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse til en vurdering av om og i hvilken grad det var “necessary to impose [...] the measure”⁷⁷. Slike betraktninger mente mindretallet ikke burde ha en plass i denne vurderingen, da ikke burde være noen “distinction in principle between measures taken on public-order grounds and measures imposed for any other legitimate/public-interest purpose”⁷⁸.

For å forstå og kartlegge rekkevidden og betydningen av flertallets standpunkt i denne avgjørelsen må en se nærmere på sakens faktum.

En demonstrasjon i London hadde kommet ut av kontroll, og det medførte at politiet bestemte seg for å gjerde inn en rekke demonstranter. Flertallet var av den oppfatning at inngrepets karakter pekte mot at det var en frihetsberøvelse, da det var tale om en “containment within a cordon”⁷⁹. Det samme gjorde inngrepets “duration [and] effects” (se punkt 6.3).

Likevel var flertallet av den oppfatning at virkemidler iverksatt som et resultat av “circumstances beyond the control of the authorities” og som var å betegne som “necessary to

⁷⁵ Austin m. flere mot Storbritannia, avsnitt 59.

⁷⁶ Peer Lorenzen m. flere, art. 10-59 samt Tillægsprotokollene, s.1337.

⁷⁷ Austin m. flere mot Nederland, mindretallets standpunkt, avsnitt 3.

⁷⁸ Ibid, avsnitt 5.

⁷⁹ Austin m. flere mot Nederland, flertallets standpunkt, avsnitt 64.

avert a real risk of serious injury or damage” ikke vil kunne regnes som en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5⁸⁰.

Rekkevidden av denne avgjørelsen, og adgangen til å tillegge slike betraktninger vekt i spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse er uklart. Flertallet i EMD var i likhet med mindretallet klare på at utgangspunktet skal være at motivet eller hensikten bak inngrepet skal ha “no bearing on the question whether that person has been deprived of his liberty”⁸¹. Det samme utgangspunktet mente flertallet også vil gjelde selv om formålet med inngrepet er beskytte, behandle eller ta hånd om vedkommende⁸².

Disse uttalelsene etterlater et inntrykk at EMD ikke er helt enig med seg selv. Det faktum at de til tross for å være av den oppfatning av at formålet ikke skal tillegges vekt i spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse, likevel lar det få vekt i denne avgjørelsen, må anses å påvirke dommens prejudikatsverdi. Sett i lys av dette, bør det vises en viss forsiktighet med å trekke ut en for generell og vid adgang til å la formålet få vekt i vurderingen av om inngrepet utgjør en frihetsberøvelse. Det underbygges også av at EMD var klare på at utfallet var “based on the specific and exceptional facts” i denne konkrete saken⁸³. Det samme synspunktet har også fått støtte i juridisk teori⁸⁴, uten at en har problematisert rekkevidden og betydningen av avgjørelsen noe ytterligere.

Basert på det overnevnte vil det være anledning til å legge vekt på den nærmere konteksten og omstendighetene rundt inngrepet. Men adgangen er begrenset, da i hovedsak til tilfeller som er sammenlignbare med den nevnte Austin-saken. Det innebærer at det i tillegg til å foreligge et presserende behov for det aktuelle inngrepet, må konsekvensene av å ikke gjennomføre det aktuelle inngrepet klart veie tyngre enn hensynet til den eller de som inngrepet rammer.

⁸⁰ Austin m.flere, flertallets standpunkt, avsnitt 59.

⁸¹ Ibid, avsnitt 58.

⁸² Ibid, avsnitt 58.

⁸³ Ibid, avsnitt 68.

⁸⁴ D.J Harris m. flere, s.293-294

5.3 “Effects” og “duration of the measure in question”

5.3.1 De nærmere konsekvensene av inngrepet

Momentet “effects” viser til virkningene av det aktuelle inngrepet. Spørsmålet er hvilke konsekvenser inngrepet vil ha overfor den som blir utsatt for det. Vurderingen av dette vil ha en nær sammenheng med inngreps “duration”. Dersom et inngrep har kort varighet, men hvor virkningene er store, vil varigheten måtte tillegges mindre vekt og omvendt. Det er da naturlig og hensiktsmessig å behandle disse to momentene samlet.

Det er viktig å se samtlige av momentene i sammenheng. Effekten eller konsekvensene av tiltaket vil på mange måter styres av inngrepets “type” og “manner of implementation”. Men det er ikke gitt at konsekvensene av det aktuelle tiltaket vil være lik selv om inngrepets “type” er det. Det er må derfor foretas en konkret vurdering i den enkelte sak.

Spørsmålet videre blir om konsekvensene av det aktuelle inngrepet og varigheten av det, er av en slik “degree” or “intensity” at situasjonen er “comparable with or equivalent to the situation of persons in detention”⁸⁵.

EMD har trukket frem enkelte momenter som vil få betydning for denne vurderingen.

Inngrepets konsekvenser for personens familie-og sosialliv står her sentralt. Det støttes av juridisk teori hvor det uttales at “the impact of other restrictions both during and outside the confinement period are critical too, notably those affecting isolation and social contact”⁸⁶.

I Guzzardi-dommen var det et viktig moment at det var “few opportunities for social contacts available to the applicant”⁸⁷. Det eneste kontakten han hadde med andre mennesker var med hans nærmeste familie, personer i tilsvarende situasjon som ham selv og politifolk. I tillegg hadde han vært underlagt restriksjonene i 16 måneder.

Forholdet mellom effekten av tiltaket og dets varighet er interessant her.

Det er nærliggende å anta at utfallet av saken ville blitt ett annet dersom tiltakets varighet hadde vært betraktelig kortere.

⁸⁵ D.J Harris, m.flere, s.290

⁸⁶ Ibid, s.291.

⁸⁷ Guzzardi mot Italia, avsnitt 95.

I et slikt tilfelle må det antas at det at han hadde med seg sin nærmeste familie, ville fått en mer selvstendig betydning. Kontakten han hadde med familien ville her kunne ha veid opp for den manglende sosiale kontakten med andre. På samme måte ville utfallet kanskje blitt annerledes dersom familien ikke hadde vært tilstede på øyen sammen med han. Inngrepets varighet ville da mest sannsynlig fått større vekt.

Dette forholdet mellom inngreps “duration” og “effects” illustreres særlig i saken Amuur mot Frankrike⁸⁸. Her var spørsmålet var om plasseringen av en familie med asylsøkere i en transittsone på en flyplass utgjorde en frihetsberøvelse. EMD mente at en slik form for tilbakeholdelse i utgangspunktet ikke ville utgjøre en frihetsberøvelse, men at inngrepet “should not be prolonged excessively”. Det ville medføre “a risk of it turning [to] a mere restriction on liberty”⁸⁹. Familien var tilbakeholdt på flyplassen i totalt 20 dager, og det ble konkludert med å være en frihetsberøvelse.

Et annet aspekt ved vurdering av inngrepet “effects” og “duration” som har blitt trukket frem i juridisk teori, er på hvilken måte inngrepet “regulates the day-to-day life of the individual”. Eller mer presist hvorvidt “the individual [can] maintain a (relatively) normal daily life, going to work and living at home, albeit otherwise subject to a restrictive regime”⁹⁰.

Hvorvidt det tenkte eksempelet i Træna kommune, eller fra Osterøy kommune vil utgjøre en frihetsberøvelse, vil avgjøres av på hvilken måte inngrepet påvirker personens daglige liv.

Hvor inngrepet ikke har blitt ansett for å “regulate the day-to-day life” på en slik måte at en har blitt stående overfor en frihetsberøvelse er Lubita og Raimondo-avgjørelsene eksempler på. Begge to var underlagt relativt strenge restriksjoner. De var pålagt å oppholde seg innendørs på kvelds- og nattestid, og de var avhengig av tillatelse fra politiet dersom de ønsket å forlate hjemmet sitt utenfor fastlagte innetider.

Inngrepene påvirket klart deres daglige liv. Det var ikke mulig for dem å bevege seg ut på kvelds eller nattestid. Men til forskjell fra tilfellet i Guzzardi-avgjørelsen kunne de store deler av dagen bevege seg fritt, dra på jobb eller besøke sin familie. På den måten var det mulig å opprettholde et relativt normalt liv. Konsekvensene av inngrepet var verken av en slik intensitet eller grad som kunne tilsi at det var en frihetsberøvelse. Det gjaldt selv om

⁸⁸ 19776/92, 25.06.1996.

⁸⁹ Ibid, avsnitt 43.

⁹⁰ D.J Harris m.flere, s.290-291.

restriksjonene var ilagt over en lengre tidsperiode. I Raimondo-avgjørelsen var Raimondo underlagt påleggene i totalt seksten måneder.

Det er naturlig også å stille spørsmålet om mer individuelle forhold kan få betydning for vurderingen. Effekten av det aktuelle inngrepet vil klart kunne variere fra person til person. Vil det for eksempel kunne få betydning dersom personen er særlig sårbar? I utgangspunktet bør det ikke være en adgang til å tillegge slike forhold vekt i vurderingen. Dette vil være med på å relativisere spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse som nevnt under punkt 5.2.3.

EMD har likevel til en viss grad åpnet opp for det. I den nevnte avgjørelsen *Ammur mot Frankrike*, ble det vektlagt at familien var “aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country”⁹¹. En anså altså at familien i kraft av å være flyktninger var særlig sårbare, og dette talte for at det forelå en frihetberøvelse. Det vil ikke være like store betenkligheter å legge vekt på slike forhold der hvor det taler for at det foreligger en frihetsberøvelse⁹².

⁹¹ *Ammur mot Frankrike*, avsnitt 43.

⁹² Til forskjell fra *Austin m.flere*.

6 På hvilke områder må utlendingsloven § 105 tolkes innskrenkende sett i lys av EMDs praksis.

6.1 Utgangspunktet

Det er som vist en rekke forhold som gjør seg gjeldende i vurderingen av om en står overfor en frihetsberøvelse eller et inngrep i bevegelsesfriheten. Det kan ikke skisseres klart hvor den nærmere grensen mellom inngrep i bevegelsesfriheten og frihetsberøvelse går basert på gjennomgangen ovenfor. Det vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

Prejudikatsverdien av avgjørelsene som er gjennomgått overfor vil på mange måter begrense seg til tilfeller som kan anses for å være sammenlignbare med faktumet i de aktuelle sakene.

Det anses likevel å være holdepunkter til å slå fast at størrelsen på området vedkommende oppholder seg på, inngrepets varighet og på hvilken måte inngrepet griper inn i personens daglige liv, vil være sentralt for spørsmålet om en står overfor en frihetsberøvelse. Dette er momenter som gjennomgående har blitt trukket frem i EMDs praksis. I tillegg vil som vist også individuelle forhold, og konteksten rundt inngrepet i enkelte tilfeller få vekt.

I det videre vil det med utgangspunkt i disse hovedmomentene bli gjort en vurdering av utlendingsloven § 105 sett opp mot EMDs praksis, i et forsøk på å klarlegge hvor en eventuelt må tolke bestemmelsen innskrenkende. I hovedsak vil det forsøkes å trekke opp noen typetilfeller av inngrep etter utlendingsloven § 105 som vil kunne bli problematiske sett opp mot EMK artikkel 5.

Deretter vil det bli tatt stilling til hvilken betydning utlendingsloven § 99 vil kunne få i denne vurderingen, og om den kan fungere som en sikkerhetsmekanisme mot at inngrep etter utlendingsloven § 105 vil komme i konflikt med EMK artikkel 5.

6.2 Hvor må § 105 tolkes innskrenkende?

6.2.1 Oppholdsstedet - noen eksempler

Under punkt 3.3.1 ble det konkludert med at “bestemt oppholdssted” både skal forstås som en adgang til å ilegge vedkommende en bestemt bostedadresse, men også å pålegge utlendingen fysisk å oppholde seg på et nærmere avgrenset område.

For det første tilfellet må det anses som klart at et pålegg om bestemt bostedadresse ikke vil være problematisk sett i lys av EMK artikkel 5. I likhet med Raimondo mot Italia må et slikt innrep på grunn av sin karakter anses som klart å falle utenfor EMK artikkel 5.

På en annen side dersom utlendingen pålegges å ha bostedadresse på et avsidesliggende sted med vanskelige adkomstmuligheter vil situasjonen kunne bli en annen. I et slikt tilfelle vil en kunne bevege seg over til en situasjon hvor vedkommende i realiteten er fysisk bundet til det aktuelle stedet. Områdets størrelse vil her få betydning. Likevel vil nok det faktum at en kan, om enn med noen vanskeligheter, forlate stedet, klart trekke i retning av at det ikke vil være en frihetsberøvelse.

Der hvor risikoen er størst for at en vil kunne komme i konflikt med EMK artikkel 5 vil være der hvor utlendingen er pålagt fysisk å oppholde seg på et bestemt område.

Heller ikke slike pålegg er nødvendigvis problematiske sett i lys av EMK artikkel 5. EMD har uttalt at “compulsory residence in a specified district does not of itself come within the scope of Article 5”⁹³. Det må vurderes helt konkret, basert på området og dets størrelse.

Det er derfor ikke grunnlag for å slå fast som det ble gjort i forarbeidene til utlendingsloven § 105, at et pålegg om å bo på et mottak og oppholde seg i en bestemt kommune aldri vil kunne komme i konflikt med artikkel 5⁹⁴.

Pålegg om å oppholde seg på steder med et areal på 2,5 kvadratkilometer må i utgangspunktet anses som utelukket⁹⁵. Det innebærer at utlendingsforskriften § 18-2 og henvisningen til “nærmere avgrensede områder” må tolkes slik at området må være av en viss størrelse.

⁹³ Guzzardi mot Italia, avsnitt 94.

⁹⁴ Prop. 138 L (2010-2011) punkt 7.2.4.1 s.33.

⁹⁵ Se Guzzardi mot Italia.

Et pålegg om for eksempel å oppholde seg i Træna kommune eller Kvitsøy kommune, områder på henholdsvis 16,32 kvadratkilometer fordelt ut over en rekke små øyer og 5,73 kvadratkilometer, vil klart kunne utgjøre en frihetsberøvelse. Praksis fra EMD gir likevel ikke anledning til å angi konkret hvor stort eller hvor lite område må være for at tilfellet skal bli karakterisert som frihetsberøvelse.

Som vist under vurderingene overfor har EMD også lagt vekt på ikke bare stedets størrelse, men også plassering. At et sted kan være sammenlignbart med en form for åpen soning selv om oppholdsstedet ikke er på en øy, må anses som klart. Det kan da stilles spørsmål ved om det bør vises forsiktighet med å gi pålegg om bestemt oppholdssted hvor stedet må anses som avsidesliggende, og hvor det vil være utfordrende eller vanskelig å opprettholde kontakten med omverdenen. Slike inngrep vil i det konkrete tilfellet kunne bli sammenlignbare med en form for åpen soning.

6.2.2 Varigheten av inngrepet og betydningen av at kontakten med venner og familie opprettholdes – noen eksempler

Et annet viktig moment i vurdering av hvorvidt det foreligger en frihetsberøvelse er som nevnt tidsaspektet. Det har også blitt trukket frem i juridisk teori⁹⁶.

Av utlendingsloven § 105 fremgår det som nevnt at straffeprosesslovens § 187a annet ledd kommer til anvendelse. Av bestemmelsen fremgår det at pålegget skal opphøre når “grunnen [...] er falt bort”. Det følger videre av Prop. 16 L (2015-2016) på s.22 at det etter § 105 ikke gjelder noen “tidsgrense” for pålegg etter § 105.

Som vist under punkt 5 er det ikke mulig å innfortolke en bestemt tidsgrense for hvor lenge et pålegg kan ilegges før det eventuelt vil kunne bli tale om en frihetsberøvelse. Det vil avhenge av det eller de aktuelle påleggene, og det nærmere innholdet av dem. I Guzzardi-avgjørelsen hvor EMD kom frem til at plasseringen av vedkommende på en øy i seksten måneder var en frihetsberøvelse, gir med andre ord ingen generell veiledning her. Det vil kunne bli tale om en frihetsberøvelse også der hvor inngrepets varighet er relativt kort. Men der hvor vedkommende er blitt pålagt å oppholde seg på et nærmere avgrenset område bør det ikke ilegges pålegg med lang varighet. Det illustreres deriblant gjennom Ammur mot Frankrike hvor det ble ansett som en frihetsberøvelse å holde tilbake en familie med

⁹⁶ D.J Harris m. flere, s.291.

flyktninger i tjue dager i transittsonen på en flyplass⁹⁷. Konklusjonen må leses i lys av at området familien var henvist til å oppholde seg på var svært lite.

Videre må utlendingsloven § 105 tolkes dit hen at inngripet ikke må gripe for sterkt inn i personens muligheter til å opprettholde kontakten med sine venner og sin familie. Det bør som et utgangspunkt ikke gis pålegg om bestemt oppholdssted hvor avstanden mellom stedet og personens familie er så stor at det vil være vanskelig å opprettholde kontakten. Hvis en til vanlig er bosatt med sin familie i Oslo og blir pålagt for en periode å oppholde seg i Osterøy kommune, vil det tale for at det foreligger en frihetsberøvelse. I et slikt tilfelle bør vedkommende tilbys muligheten av å ta med seg sin nærmeste familie slik som tilfellet var i Guzzardi-avgjørelsen.

Det er vanskelig å skissere klare grenser for hva som vil falle innenfor eller utenfor EMK artikkel 5. Konsekvensene av det, er at det ikke er mulig å si noe helt konkret om hvilke inngrep etter utlendingsloven § 105 som med sikkerhet vil utgjøre en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Eksemplene ovenfor er derfor kun utgangspunkter, og et forsøk på å illustrere tilfeller hvor en bør tolke utlendingsloven § 105 innskrenkende. Det er likevel viktig å se de ulike momentene som er trukket frem i sammenheng.

Hvilke mekanismer har man som sikrer at utlendingsloven § 105 i praksis blir tolket i samsvar med EMDs praksis? Altså hvordan skal en forsikre seg om at utlendingsloven blir tolket innskrenkende på de områdene som for eksempel er trukket frem i avsnittene ovenfor? Utlendingsloven § 99 vil her være avgjørende. Utlendingsloven § 99 kommer til anvendelse ved alle former for tvangsinngrep og den legger opp til at det skal gjøres en totalvurdering av den belastningen som det konkrete inngrepet fører med seg. Spørsmålet er om denne bestemmelsen kan fungere som en slags sikkerhetsmekanisme mot at det fattes vedtak om frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 105.

6.2.3 Utlendingsloven § 99

Utlendingsloven § 99 er generelt utformet og får anvendelse ved alle former for tvangsbruk etter utlendingsloven.

Av bestemmelsen fremgår det at et tvangsmiddel kan brukes når det foreligger “tilstrekkelig

⁹⁷ 19776/92, 25.06.1996.

grunn til det”, og der hvor inngrepet etter sakens “art” og “forholdene ellers” ikke vil være et “uforholdsmessig inngrep”.

En naturlig ordlydsforståelse av “tilstrekkelig grunn” tilsier at det må påvises et reelt behov for det aktuelle tvangsmiddelet. Det legges opp til at det skal gjøres en avveining av de motstående hensynene, hvor en ser på formålet med inngrepet og veier det opp mot konsekvensene inngrepet vil ha for den enkelte.

Begrensningen mot “uforholdsmessig inngrep” legger opp til at det skal gjøres en forholdsmessighetsvurdering av det aktuelle inngrepet. Det må gjøres en nærmere vurdering av den totalbelastningen som inngrepet vil ha for den enkelte.

Av forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at § 99 er sammenfallende med straffeprosessloven § 170a, og er tiltenkt å ha det samme innholdet. Praksis og teori fra denne bestemmelsen vil dermed være relevant ved tolkningen av den⁹⁸. Videre trekkes det frem av forarbeidene at forholdsmessighetsprinsippet “både [har] betydning for spørsmålet om et tvangsmiddel kan brukes og for spørsmålet om hvor lenge et tvangsmiddel skal brukes”⁹⁹.

6.2.4 “Tilstrekkelig grunn” og “uforholdsmessig inngrep”

Utlendingsloven § 99 krever at det skal foreligge en “tilstrekkelig grunn” til å iverksette pålegget. Det innebærer at formålet med tiltaket må legitimere bruken av det aktuelle tvangsmiddelet.

Dette setter klart en begrensning på hvilke former for tiltak som kan ilegges, og hvilket innhold det skal ha. Denne begrensningen vil blant annet få betydning i vurderingen av om en skal pålegge meldeplikt eller bestemt oppholdssted, eller da begge deler. Etter samtaler med både politiadvokaten ved utlendingsenheten i Bergen og med utlendingsenheten i Oslo er oppfatningen at meldeplikt er det som hyppigst blir anvendt. Det viser også statistikken presentert i innledningen. Det at § 99 her tvinger en til å benytte den mildeste formen for inngrep i bevegelsesfriheten, da meldeplikt, vil klart minimere risikoen for at tiltak etter § 105 vil komme i konflikt med EMK artikkel 5. På denne måten fungerer her § 99 klart som en sikkerhetsmekanisme mot at pålegg etter § 105 vil utgjøre en frihetsberøvelse.

⁹⁸ Ot,prop.nr.75 (2006-2007) kapittel 21 «Merknader til de enkelte bestemmelser», s.445-446.

⁹⁹ Ot,prop. nr.64 (1998-1999) kapittel 23 «Merknader til lovutkastet», s.142.

Forholdsmessighetsvurderingen i § 99 vil også fange opp en rekke av de ulike forholdene som tidligere har blitt trukket frem som relevante for den konkrete grensedragningen. Deriblant trekkes det frem av forarbeidene til straffeprosessloven § 170a at inngrepets varighet skal stå sentralt i vurderingen av om tiltaket anses som forholdsmessig. I tillegg har det gjennom rettspraksis blitt uttalt at en ved vurderingen av inngrepets varighet også må se hen til sannsynligheten for at vedtaket vil bli forlenget¹⁰⁰.

Denne adgangen til å tillegge fremtidsrettede betraktninger vekt vil klart være medvirkende til å minimere risikoen for at pålegg etter utledningsloven § 105 vil utgjøre en frihetsberøvelse. Blant annet kan det sørge for at der hvor det er ilagt særlig tyngende pålegg, så vil varigheten av dem bli kortvarig. Det avhjelper også til en viss grad problematikken med at § 105 i utlendingsloven ikke oppstiller et krav at det skal gjøres en fornyet vurdering av grunnlaget for inngrepet ved fastlagte intervaller, se punkt 4.4.2.

Videre gir vilkåret “forholdene ellers” en anledning til å ta i betraktning en lang rekke forhold ved det konkrete inngrepet. Blant annet på hvilke måter inngrepet vil gripe inn i persons familie- og sosialliv. I tillegg åpnes det også opp for at mer individuelle forhold ved den aktuelle saken vil få betydning, da for eksempel at det er tale om en sårbar person som trukket frem under punkt 5.3.1.

Utlendingsloven § 99 vil på mange områder som vist fungere som en sikkerhetsmekanisme mot at inngrep etter utlendingsloven § 105 vil komme i en konflikt med EMK artikkel 5.

6.2.5 Proporsjonalitetsvurderingen

Utlendingsloven § 99 er bygd opp på en slik måte at de forholdene som er trukket frem overfor skal avveies mot formålet med det aktuelle inngrepet. Det illustreres både gjennom bestemmelsens forutsetning av at inngrepet må være “nødvendig” og ved at det er adgang til å tillegge sakens “art” betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

Som nevnt under punkt 5.2.3 er det etter praksis fra EMD omdiskutert om en kan tillegge konteksten og omstendighetene rundt vilkåret betydning i vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse eller ikke.

På en side vil ikke proporsjonalitetsvurderingen være problematisk. Det er klart at en ved inngrep etter tilleggsprotokollen artikkel 4 nr.2 kan gjøre en nærmere vurdering av hvorvidt

¹⁰⁰ HR-2016-1760, avsnitt 12.

tiltaket er “necessary”, eller “nødvendig” som det står i utlendingsloven § 99. Problemet oppstår likevel ved grensedragningen mot frihetsberøvelse. Slik utlendingsloven § 99 er bygd opp vil det aksepteres mer inngripende tiltak dersom det kan anses som “nødvendig”. Og som vist overfor foreligger det klart en risiko for at pålegg etter utlendingsloven § 105 kan utgjøre en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, og risikoen vil kunne øke i takt med i hvor stor grad det foreligger en nødvendighet for å iverksette de aktuelle påleggene.

Den tilsynelatende sikkerhetsmekanismen som § 99 oppstiller vil dermed ikke slå inn hvor sakens “art” klart tilsier at det er nødvendig å ilegge særlig strenge pålegg etter utlendingsloven § 105. På den måten kan § 99 i de tilfeller hvor for eksempel sakens alvorlighet tilsier det, faktisk legge til rette for at inngrep etter utlendingsloven § 105 vil komme i konflikt med artikkel 5. En forutsetning for at dette ikke skjer, er da at det som nevnt under punkt 5.2.3 foreligger en klar bevissthet rundt at formålet med inngrepet som utgangspunkt ikke skal tilegges vekt i spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse. Spørsmålet er om det foreligger en slik bevissthet.

I TOSLO-2015-14844-1 hadde Krekar som nevnt blitt ilagt et pålegg om bestemt oppholdssted og meldeplikt. I vurdering av hvorvidt pålegget utgjorde en frihetsberøvelse uttalte tingretten at “ut frå at formålet med pålegget han er ilagt, kan retten ikkje sjå at det kjem i konflikt med EMK artikkel 5 nr. 1».

Bakgrunnen for hvorfor tingretten her tillagte formålet med inngrepet vekt må både antas å ha sammenheng med at spørsmålet om det forelå en frihetsberøvelse ble vurdert under utlendingsloven § 99, og fordi det lagt til grunn en feil tolkning av EMK artikkel 5.

Istedenfor at tingretten først tok for seg spørsmålet om de aktuelle påleggene utgjorde en frihetsberøvelse, startet de i EMK artikkel 5 bokstav c. Tingretten uttalte at EMK artikkel 5 bokstav c oppstiller et vilkår om proporsjonalitet mellom mål og middel, da frihetsberøvelsen må være “necessary to prevent [him] committing an offence”¹⁰¹. Dette er korrekt, men forutsetningen for å kunne gjøre inn en vurdering av EMK artikkel 5 bokstav c er at en i forkant har kommet frem til at det foreligger en “deprivation of liberty” etter EMK artikkel 5 første ledd. Tingretten hoppet her over dette leddet i vurderingen, og vurderte inngrepet proporsjonalitet før det hadde blitt tatt stilling til om en stod overfor en frihetsberøvelse.

¹⁰¹ TOSLO-2015-14844-1

EMD har som vist akseptert at betraktninger omkring formålet med inngrepet kan få en viss vekt for spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse. Men dette kan ikke forankres i EMK artikkel 5 bokstav c. Tingretten skulle her først tatt stilling til om det forelå en frihetsberøvelse. I denne vurderingen kunne en da problematisert hvorvidt det var adgang til å tillegge formålet med inngrepet vekt. Tingretten lot det nærmere formålet med inngrepet og nødvendigheten av det få vekt i spørsmålet om det forelå en frihetsberøvelse uten å vurdere hvorvidt det var adgang til det. For det første er det ikke åpenbart at det i denne saken var anledning til det. Tilfellet var ikke sammenlignbart med forholdet i Austin-saken, og sett i lys av kritikken rettet mot Austin-saken burde det blitt vist forsiktighet med å legge vekt på slike forhold. Konsekvensen av at en i denne avgjørelsen baserte vurderingen av om det forelå en frihetsberøvelse på formålet, kan sies å være en av grunnene til at inngrepet ikke ble ansett som en frihetsberøvelse.

Den problematikken som kan oppstå ved bruk av utlendingsloven § 99 illustreres også gjennom forarbeidene til utlendingsloven § 105.

Her uttales det at § 105 bokstav c “ikke kan brukes til å etablere en praksis hvor man for eksempel plasserer kriminelle personer i andre områder eller kommuner enn der hvor de allerede er bosatt eller er gitt et tilbud om mottaksplass”, men at en må “ta høyde for at det kan forekomme spesielle situasjoner, hvor det vil være nødvendig med en viss handlingsfrihet”¹⁰². Det legges også her opp til en vurdering av hvorvidt det foreligger en nødvendighet å ilegge strengere og mer inngrepende pålegg, og det øker risikoen for at en vil kunne bli stående overfor en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

Det de overnevnte poengene illustrerer er at § 99 ikke i tilstrekkelig grad fungerer som en sikkerhetsmekanisme for at pålegg etter utlendingsloven § 105 ikke vil komme i konflikt med EMK artikkel 5. I de tilfeller hvor sakens “art” eller der hvor det anses som “nødvendig” sett i lys av formålet med påleggene, vil § 99 kunne legitimere inngrep som vil komme i konflikt med artikkel 5. Med andre ord vil § 99 og vurderingen av hvorvidt det er nødvendig å ilegge de aktuelle påleggene, i enkelte tilfeller maskere det faktum at det foreligger en frihetsberøvelse. Problemet ligger i at det ikke eksisterer en bevissthet rundt denne problematikken, og derav får nødvendigheten en større plass i spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse enn hva EMD har akseptert. Den manglende bevisstheten rundt dette

¹⁰² Prop. 138 L (2010-2011) punkt 7.2.4.1 s.33.

illustreres som nevnt både gjennom tingrettens avgjørelse, og gjennom forarbeidene hvor dette ikke har blitt behandlet overhode.

7 Konklusjon

7.1 Gir utlendingsloven § 105 en adgang til å frihetsberøve utlendinger?

Innledningvis ble det oppstilt en problemstilling om hvorvidt utlendingsloven § 105 gir en adgang til å hjemle frihetsberøvelser.

For det første kan det konkluderes med at det ikke vil være en adgang til å anvende § 105 som hjemmel for frihetsberøvelser. Det skyldes blant annet som nevnt at de prosessuelle kravene som stilles ved frihetsberøvelser ikke er oppfylt i utlendingsloven § 105.

Det innebærer som vist at en må tolke utlendingsloven § 105 sett i lys av EMDs praksis innskrenkende på flere områder. Til spørsmålet om utlendingsloven § 105 blir anvendt som en adgang til å frihetsberøve utlendinger, vil svaret avhenge av om bestemmelsen i praksis blir tolket innskrenkende på de aktuelle områdene som er trukket frem ovenfor.

Her vil utlendingsloven § 99 som nevnt spille en viktig rolle. Men som illustrert ovenfor, legger utlendingsloven § 99 opp til en vurdering som ikke i tilstrekkelig grad fanger opp den problematikken en står overfor ved spørsmål om tilfellet er å anse som et inngrep i bevegelsesfriheten eller en frihetsberøvelse. En forutsetning som tidligere nevnt er dermed at det foreligger en bevissthet rundt problematikken ved å anvende § 99 ved pålegg gitt etter utlendingsloven § 105.

Det at forarbeidene til bestemmelsen kun behandler grensedragningen mot frihetsberøvelse overfladisk, og at den nevnte problematikken heller ikke behandles nærmere i utlendingsforskriften, etterlater et inntrykk av det ikke er tilfelle.

Dette underbygges ytterligere av at utlendingsloven § 105 ikke har noen hjemmel for andre former for frihetsberøvelser enn fengsling. Det er da naturlig å spørre hvor de andre formene for frihetsberøvelser får sitt hjemmelsgrunnlag fra. I utgangspunktet er det som nevnt ingen lovhjemmel for andre former for frihetsberøvelse enn fengsling. Men som vist er grensen mellom frihetsberøvelse og inngrep i bevegelsesfriheten så uklar, at det vil være naivt å tro at alle vedtak fattet med hjemmel i utlendingsloven enten er et inngrep i bevegelsesfriheten etter § 105 eller fengsling etter § 106. Med andre ord sannsynligheten er stor for at det i dag fattes

vedtak etter utledningsloven § 105 som innholdsmessig er å anse som en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Det vil i så fall både være i strid med EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94.

Det som bør gjøres for å forhindre eller minimere risikoen for at utlendingsloven § 105 i praksis blir benyttet som et hjemmelsgrunnlag for frihetsberøvelse, er å innføre en hjemmel for andre former for frihetsberøvelse enn fengsling. Det vil kunne skape bedre forutberegnlighet, og gi et større spillerom for politiet hva angår hvilke tvangsmidler som kan iverksettes. Siden det etter dagens lov ikke er adgang til å anvende andre former for frihetsberøvelse enn fengsling, gir det politiet et svært begrenset handlingsrom, noe som kan som trukket frem resultere i at en strekker hjemmelsgrunnlagene i lovgivningen lenger enn hva det er dekning for. Som for eksempel å anvende utledningsloven § 105 som en hjemmel for frihetsberøvelser.

Litteraturliste:

Juridisk litteratur:

- D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates og C.M. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, 3. utgave, Oxford University Press, 2014.
- Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. utgave, Intersntia, 2006.
- Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina-Holst Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, Den Euroæiske Menneskerettighedskonvention art. 10-59 samt Tillægsprotokollene, 3.udgave, 2011, Jurist- og Økonomoforbundets forlag.
- Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina-Holst Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, Den Euroæiske Menneskerettighedskonvention art.1-9, 3.utgave, 2011, Jurist- og Økonomoforbundets forlag.
- Petter F. Wille, Online lovkommentar på rettsdata.no til International Convention on Civil and Political rights (norsk versjon), 21.10.2016.
- Han Kristian Bjerke, Eirik Keisrud og Knut Erik Sæther, Straffeprosessloven – kommentarutgave, 4. utgave Bind 1, Universitetsforlaget, 2011.

Juridiske artikler/utredninger:

- Johansen, Jon Petter Rui, Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolars avgjørelser, 2009, RETF-2009-126-96.
- All, Jørgen, Menneskerettsloven, LOR-1999-387, Universitetsforlaget.
- Skoghøy, Jens Edvin A, Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven, LOR-2015-195, Universitetsforlaget.
- Husabø, Erling Johannes, Souminen, Annika Elisabeth, Forholdet mellom straffeprosessloven og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler, 02.03.2012, ISBN 978-82-7960-045-9.

Lover:

- Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), LOV-2008-05-15-35.
- Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven), LOV-1981-05-22-25.
- Kongeriket Noregs grunnlov, LOV-1814-05-17.

Forskrifter:

- Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften), FOR-2009-10-15-1286.

Forarbeider:

- Dok nr.16 (2011-2012) - Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
- Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.
- Prop.138 L (2010-2011) - endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)
- Prop.141 L (2012-2013) - endringer i utlendingsloven mv. (behandling av sikkerhetssaker).
- Høringsforslag – endringer i utlendingsloven om adgangen til frihetsberøvelse mv, ref: 201008248, 07.07.2010.
- Ot.prp.nr.75 (2006-2007) - om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- Ot.prp.nr.64 (1998-1999) - om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v).
- Prop.16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramninger).

Internasjonale konvensjoner:

- International Convention on Civil and Political rights, 16.12.1966.
- Vienna Convention on the law of treaties, 23.05.1969.
- United Nation, Convention on the Rights of the Child, resolusjon 44/25, 20.11.1989.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.1950.
- Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, 02.05.1968.

Praksis:

Fra norske domstoler:

- Rt.2014 s.1105
- Rt.2015 s.93
- TOSLO-2015-14844-1
- HR-2016-1760

Fra EMD:

- Sak nr. 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.03.2012 – Austin m.flere mot Nederland
- Sak nr. 7367/76, 06.11.1980 – Guzzardi mot Italia.
- Sak nr.26772/95, 06.04.2010 – Lubita mot Italia.
- Sak nr. 129454/87, 22.02.1994 – Raimondo mot Italia.
- Sak nr. 25316-25321/94 og 27207/95, 23.05.2001 – Denizci m.flere mot Kypros.
- Sak nr.46343/99, 23.05.2006 – Riener mot Bulgaria.
- Sak nr. 26629/95, 04.04.2000 – Witold Litwa mot Polen.

- Sak nr.13942/88, 19.04.1993 – Kraska mot Sveits.
- Sak nr.2122/64, 27.06.1968 – Wemhoff mot Tyskland.
- Sak nr. 19776/92, 25.06.1996 – Amuur mot Frankrike.
- Sak nr. 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, 23.11.1976 – Engel m.flere mot Nederland.
- Sak nr. 22414/93, 15.11.1996 – Chahal mot Storbritannia.
- Sak nr.55565/00, 21.12.2006 – Bartik mot Russland.

Andre kilder:

- Statistikk mottatt på e-post fra Bente Bøvor, politiadvokat ved Politiets Utlendingsenhet ved Oslo politidistrikt, den 02.11.16.